# Ausführliche Erläuterung
der
# Pandecten
nach
# Hellfeld
# ein Commentar

von
D. Chriſtian Friedrich Glück
Hofrath und öffentlichem ordentlichem Lehrer der Rechte auf der
Friedrich-Alexanders Univerſität in Erlangen.

Dreyzehnten Theils zweyte Abtheilung.

Erlangen
verlegt bey Johann Jacob Palm.
1811.

## Lib. XIII. Tit. II.

# De condictione ex Lege.

### §. 842.

#### Begriff und nähere Beſtimmung dieſer Condiction.

Alle Condictionen, von denen wir bisher gehandelt haben, ſind in den Geſetzen mit einem individuellen Namen bezeichnet. Allein die hier zu erklärende *condictio ex Lege* gehört zu den ungenannten Klagen. Die römiſchen Geſetzgeber waren zwar möglichſt darauf bedacht, daß es nicht an einer Klage gegen denjenigen mangeln möchte, der uns aus irgend einem Factum, erlaubten, oder unerlaubten, zu etwas verbunden wäre. Daher waren Klagen für jedes Geſchäft mit ihrem Namen und Formel in der römiſchen Proceßordnung verzeichnet. Schon Cicero [1]) ſagte zu ſeiner Zeit: *Sunt iura, ſunt formulae de omnibus rebus conſtitutae, ne quis aut in genere iniuriae, aut ratione actionis errare poſſit. Expreſſae ſunt enim ex unius cuiusque damno, dolore, incommodo, calamitate, iniuria publicae a Praetore formulae, ad quas privata lis accommodatur.* Gleichwohl kamen in der Folge viel neue Geſchäfte vor, für welche man in dem albo formularum weder Namen noch Klagformel fand. Man denke an die unbenannten Con-

1) Orat. III. *Pro Roſcio Comoedo* cap. 8.

Contracte. Hier faßten die römiſchen Rechtsgelehrten die Klagformel ſelbſt nach den Umſtänden des ihnen vorgetragenen Factums ab, und ſolche ungenannte Klagen bezeichnete man mit dem allgemeinen Namen *actiones in factum praeſcriptis verbis* [2]). Auſſerdem wurden in den folgenden Zeiten noch manche andere Handlungen begünſtiget, und manchem Vertrage, welcher nach der Strenge des ältern Civilrechts keine Klage wirkte, durch das neuere Recht eine eben ſo verbindliche Kraft beygelegt, als die Contracte hatten. Wer erinnert ſich nicht hierbey an die pacta legitima und praetoria? Man hätte freylich wohl manche unter denſelben zu irgend einer Claſſe von Contracten zählen können; allein ſie wurden nach dem Syſtem des römiſchen Rechts doch nur als klagbare Verträge behandelt, weil ſie ihre Klagbarkeit erſt erhielten, nachdem gleichſam die Zahl der Contracte ſchon geſchloſſen war [3]). Die Klage für ſolche Geſchäfte war nun entweder ſchon namentlich in der neuern Verordnung angegeben, z. B. actio de conſtituta pecunia, actio hypothecaria; oder ſie iſt mit keinem individuellen Namen bezeichnet. In dieſem Falle wird ſie bald *actio in factum*, bald *condictio ex Lege* genennet.

*Condictio ex Lege* [4]) iſt nun alſo diejenige perſönliche Klage, welche ein neues Civilgeſetz der Billigkeit wegen

3) *L. 1. L. 11. L. 22. D. de praeſcript. verb. L. 6. Cod. de Transact.* S. MEISTERI Diſſ. de actionibus in factum. §. 29. et 32. (in *Opuſcul.* T. I. pag. 366. ſeqq.)

3) S. Hugo Civiliſt. Magazin 1. Band S. 456. f.

4) S. *Io.* STRAUCH Diſſ. de condictione ex Lege. *Ienae 1716. Gottl.* STURM Diſſ. de pactis legitimis, et condictionibus ex Lege

wegen in einem Falle giebt, wo nach dem alten Civilrecht kein Klagerecht Statt hatte, und die, ohne einen individuellen Namen, blos durch Anführung des Geſetzes, worin ſie geſtattet iſt, bezeichnet wird. Paulus ſagt *L. un. D. h. t.* Si obligatio Lege nova introducta ſit, nec cautum eadem Lege, quo genere actionis experiamur, *ex Lege agendum eſt.* Es ergeben ſich hieraus folgende Wahrheiten.

1) Die condictio ex Lege gründet ſich auf eine obligatio. Sie iſt daher, wie jede Condiction, an ſich eine perſönliche Klage. Eine condictio ex Novella 18. cap. 1. oder ex Nov. 115. cap. 3. et 4. welche einige annehmen wollen, läßt ſich mithin nicht gedenken, da in den Fällen, von welchen dieſe Geſetze reden, vielmehr eine Erbſchaftsklage anzuſtellen iſt [5]). Lyncker [6]) behauptet zwar, es könne auch wegen eines dinglichen Rechts eine condictio ex Lege Statt haben. Allein dieſes gilt nur dann, wenn das dingliche Recht ſelbſt mit der ſonſt daraus entſtehenden Klage nicht verfolgt werden kann. Hier begründet zuweilen ein neues Geſetz eine Verbindlichkeit zur Entſchädigung wider denjenigen, der ſich ſonſt zu des Andern Nachtheil bereichern würde. Ein Beyſpiel von einem ſolchen Falle enthält *L. ult. §. 6. Cod. de iure delib.* worin es heißt: Sin vero heredes res hereditarias creditori-

Q 2 bus

Lege merito ſuſpectis. *Vitembergae 1754.* und vorzüglich *Io. Ortw.* WESTENBERG De cauſis obligationum. Diſſ. IV. (*Operum* a *Io. Henr.* IUNGIO editor. Tom. I. pag. 98. ſqq.)

5) S. den 7. Theil dieſes Commentars §. 550. S. 154. und §. 551. S. 342. f.

6) Analect. ad Pand. h. t. Th. 57.

bus hereditariis pro debito dederint in ſolutum, vel per dationem pecuniarum ſatis eis fecerint: liceat aliis creditoribus, qui ex anterioribus veniunt hypothecis, adverſus eos venire, et a poſterioribus creditoribus ſecundum leges eas abſtrahere, vel per hypothecariam actionem, vel *per condictionem ex Lege*, niſi voluerint debitum eis offerre. Es iſt hier von den Vortheilen der Rechtswohlthat des Inventars die Rede. Zu dieſen gehört, daß der Erbe die Gläubiger aus dem Nachlaß, ſoweit die Maſſe reicht, befriedigen kann, und zwar ohne Unterſchied, ſo wie ſie ſich melden, unbekümmert, ob auch noch andere, mit einem Vorzugsrechte verſehene vorhanden ſind, oder nicht. Es hängt auch ganz von ſeiner Willkühr ab, ob er die erbſchaftlichen Sachen zu ihrer Befriedigung erſt zu Gelde.machen, oder ihnen dieſe Sachen gleich ſelbſt an Zahlungs Statt nach einer rechtmäßigen Taxe überlaſſen will. Die prioritätiſchen Pfandgläubiger, welche dabey übergangen worden ſind, weil ſie ſich ſpäter gemeldet haben, können deshalb keine weiteren Anſprüche an den Erben machen, ſondern blos gegen die übrigen Gläubiger klagen, die das Ihrige ſchon erhalten haben. Zu dieſem Zweck ſteht ihnen bald die *actio hypothecaria*, bald eine *condictio ex Lege* zu. Man unterſcheide nämlich, ob die Sachen, worauf ihnen ein vorzügliches Pfandrecht zuſteht, bey dieſen Gläubigern noch in Natur vorhanden ſind, oder nicht. Im erſten Falle klagen ſie auf deren Abtretung mit der actio hypothecaria, in dem andern aber, wo die Realklage nicht Statt finden kann, giebt ihnen das Geſetz zu ihrer Befriedigung eine Condiction, ſo weit die Beklagten durch das, was ſie zum Nachtheil der ihnen vorgehenden Pfandgläubiger empfingen, ſich reicher befinden, weil doch

dieſen

dieſen ihr Vorzugsrecht durch die Rechtswohlthat des Inventars nach Recht und Billigkeit nicht vereitelt werden konnte [7]).

2) Die obligatio, worauf ſich dieſe Condiction gründet, muß durch eine Lex nova eingeführt ſeyn, d. h. es muß einem gewiſſen Factum, wofür das alte Civilrecht keine Klage geſtattete, durch das neue Geſetz die Wirkung beygelegt worden ſeyn, daß daraus eine obligatio und actio entſteht. Dieſes Factum braucht nicht immer ein erlaubtes, auch nicht blos ein pactum legitimum zu ſeyn, wie Sturm [8]) behauptet; es kann auch zuweilen ein unerlaubtes ſeyn. Beyſpiele hiervon enthalten folgende Geſetzſtellen.

a) *L. 27. §. 15. D. ad Leg. Iul. de adulter. coercend.* Si reus vel rea abſoluti fuerint: aeſtimari per iudices Lex damnum voluit; ſive mortui fuerint, quantae pecuniae ante quaeſtionem fuerint; ſive vivent, quantae pecuniae in his damnum datum, factumve eſſet.



7) Man vergleiche *Io.* SICHARDI Praelect. in Cod. Tom. II. ad L. fin. §. *Et ſi praefatam.* Cod. de iure delib. nr. 7. et 8. pag. 712. ſq. *Hub.* GIPHANII Explanat. difficilior. et celebrior. LL. Cod. Lib. VI. ad eand. L. fin. §. *Sin autem.* Cod. eod. pag. 94. und *Io. Iac.* WISSENBACH Commentar. in Cod. ad eand. L. ult. Cod. de iure delib. §. 6.

8) Cit. Diſſ. §. 3. 6. et ſqq. Dieſer Meinung ſtehen die *L. fin. §. 6. Cod. de iure delib.* und *L. 27. §. 15. et L. 28. D. ad Leg. Iul. de adult. coerc.* entgegen, und es iſt gar nicht nöthig, die in beyden Stellen vorkommenden Worte *ex Lege* auszuſtreichen, oder ihnen einen uneigentlichen Sinn beyzulegen.

*L.* 27. §. 16. *D. eodem.* Notandum eſt, quod capite quidem nono cavetur: *Si ſervus adulterii accuſetur, et accuſator quaeſtionem in eo haberi velit, duplum pretium domino praeſtare* Lex iubet: at hic ſimplum.

*L.* 28. *D. eodem.* Quod ex his cauſis debetur, *per condictionem, quae ex Lege deſcendit*, petitur.

Zu den Beweiſen in peinlichen Fällen gehörten bey den Römern auch die durch die Tortur der Sklaven herausgebrachten Bekenntniſſe, und zwar konnte der Ankläger verlangen, daß vor allen die Sklaven des Angeklagten durch die Folter zum Bekenntniß gebracht werden muſten. Bey einigen Verbrechen fand dieſe Art, die Wahrheit herauszubringen, auch ſogar gegen das Leben ihres Herrn (in caput domini) Statt. Zu dieſen Verbrechen gehörte unter andern das adulterium. War dadurch nichts herausgebracht worden, und daher eine Freyſprechung des Angeklagten erfolgt, weil ſich ein Calumnie des Anklägers ergab; ſo muſte der Ankläger unter andern auch den Schaden erſetzen, wenn die Sklaven durch die Tortur zu Krüppeln gemacht, oder wohl gar das Leben verlohren hatten [9]. Zuweilen konnte der Ankläger auch verlangen, daß ein fremder Sklave auf die Folter gebracht werden ſollte. Hier muſte aber eigentlich der Ankläger Bürgſchaft leiſten, daß er den Schaden erſetzen wolle, der durch die Tortur an dem Körper oder Leben des Sklaven dem Herrn deſſelben zugeführt werden würde [10]. Allein nach der Lex Iulia de adulteriis coercendis war eine ſolche Cautionsleiſtung nicht nöthig. Hier war der Herr durch eine condictio ex Lege

9) Vid. Tit. Pand. *de Quaeſtionibus.* XLVIII. 18.

10) L. 13. *D. de Quaeſtion.*

Lege ſc. *Iulia de adulteriis* gedeckt, vermöge welcher er, wenn der Sklave über ein eigenes Verbrechen war gefoltert worden, den doppelten, wegen eines fremden Verbrechens aber, den einfachen Werth in dem Falle erſetzt verlangen konnte, da er aus Chikane war gefoltert worden [11]).

b) §. 24. *I. de Actionib.* Tripli vero agimus, cum quidam maiorem vera aeſtimatione quantitatem in libello conventionis inſerunt, ut ex hac cauſa viatores, id eſt, executores litium, ampliorem ſummam ſportularum nomine exigerent. Tunc enim id, quod propter eorum cauſam damnum paſſus fuerit reus, triplum ab actore conſequetur, ut in hoc triplo etiam ſimplum, in quo damnum paſſus eſt, connumeretur: quod *noſtra conſtitutio* introduxit, quae in noſtro Codice fulget, ex qua procul dubio eſt, *ex Lege condictitiam* emanare [12]).



11) *L. 3. Cod. ad Leg. Iul. de adult. L. ult. D. de Calumniat. Io. Guil.* HOFFMANN ad Leg. Iul. de adulteriis coercend. Lib. ſing. Cap. VII. §. 4. et 5. in *Dan.* FELLENBERG *Iurisprud. antiqua* Tom. I. pag. 259. ſqq.

12) Die Vulgata lieſet hier ganz fehlerhaft: *quam proculdubio certum eſt, ex lege condictitia emanare.* Die richtigere Leſeart, welche Hotoman, Merillius, Otto, und Van de Water haben, wird beſonders durch die griechiſche Paraphraſe des Theophilus beſtärkt, welche nach Reitz Tom. II. p. 814. ſo lautet: τὸν γὰρ ex Lege κονδικτίτιον ἀμάχως ἐκ διατάξεως τικτεσθαι συμβαινει. i. e. *Namque ex Lege condictionem ſine controverſia ex conſtitutione naſci convenit.* Die Conſtitution ſelbſt, aus welcher dieſe Condiction entſpringt, iſt verlohren gegangen. Sie findet ſich nicht einmal in den Baſiliken, weil der Kaiſer *Conſtantinus Porphyrogeneta* ſie wieder auf-

c) §. 25. *I. eodem.* Item *ex Lege condictitia ex noſtra conſtitutione* oritur [13]), in quadruplum condemnationem imponens iis executoribus litium, qui contra conſtitutionis normam a reis quidquam exegerint.

Seitdem die alte in ius vocatio auſſer Gebrauch gekommen war, und die Klagſchriften durch Gerichtsdiener (viatores) inſinuirt wurden, mußte der Beklagte die Inſinuationsgebühren bezahlen, welche nach der Beſchaffenheit des ſtreitigen Objekts ein halbes Procent ausmachten. Hatte nun der Kläger wiſſentlich eine größere Summe in die Klagſchrift geſetzt, als er zu fordern hatte, ſo konnte der Beklagte nach der Verordnung des Kaiſers Juſtinian das zuviel Bezahlte dreyfach von dem Kläger zurückfordern; hatte aber der Gerichtsbote zuviel Sporteln genommen, ſo muſte letzterer nach einer andern Verordnung dasjenige, was er zur Ungebühr ſich hatte bezahlen laſſen, vierfach zurückgeben. In beyden Fällen hatte eine *condictio ex Lege* Statt.

d) *L. fin. Cod. de revoc. donat.* Generaliter ſancimus, omnes donationes lege confectas firmas illibatasque manere, ſi non donationis acceptor ingratus circa donatorem inveniatur, ita ut iniurias atroces in eum effun-

aufhob, und *Nov. 7. et 8.* eine andere Sportelordnung einführte. S. CUJACIUS Obſervat. Lib. XII. cap. 22. und VINNIUS in Comm. ad §. 24. I. de action.

13) Die gemeine Leſeart: *Item ex lege condictitia noſtra conſtitutio oritur*, iſt offenbar fehlerhaft. S. VINNIUS ad §. 25. I. de act. Die griechiſche Conſtitution aus den Baſiliken findet ſich *L. fin. Cod. de Sportulis.* S. *Ev.* OTTO ad §. 25. I. de action.

effundat, vel manus impias inferat, vel iacturae molem ex inſidiis ſuis ingerat, quae non levem ſenſum ſubſtantiae donatoris imponat, vel vitae periculum aliquod ei intulerit, vel quasdam conventiones, ſive in ſcriptis donationi impoſitas, ſive ſine ſcriptis habitas, quas donationis acceptor ſpopondit, minime implere voluerit. Ex his enim tantummodo cauſis, ſi fuerint in iudicium dilucidis argumentis cognitionaliter approbatae, etiam donationes in eos factas everti concedimus.

Das Geſetz, welches ebenfalls eine Verordnung des Kaiſers Juſtinian iſt, erlaubt hier eine Schenkung unter den Lebendigen, die ſonſt unwiederruflich iſt, in gewiſſen beſtimmten Fällen wegen gröblicher Undankbarkeit des Donatars zú wiederrufen, ohne deshalb eine beſondere Klage namentlich anzugeben. Man nennt daher die Klage *condictio ex L. fin. Cod. de revocand. donat.*

e) *L. 4. Cod. Finium regundor.* Si conſtiterit, eum, qui finalem detulerit quaeſtionem, priusquam aliquid ſententia determinetur, rem ſibi alienam uſurpare voluiſſe: non ſolum id, quod male petebat, amittat, ſed quo magis unusquisque contentus ſuo rem non expetat iuris alieni, qui irreptor agrorum fuerit in lite ſuperatus tantum agri modum, quantum adimere tentavit, amittat.

Es iſt hier von dem Falle die Rede, da derjenige, welcher einen Grenzſcheidungsproceß erregt hatte, während demſelben, und ehe noch der Streit entſchieden war, den ſtreitigen Acker eigenmächtig in Beſitz genommen, und beſtellen laſſen, nachher aber den Proceß verlohren hat. Hier

kann

kann der geweſene Beklagte nun nach dieſer Verordnung des Kaiſers Conſtantin des Großen gegen den geweſenen Kläger dahin klagen, daß er wegen der zu Schulden gebrachten eigenmächtigen Anmaſſung des ſtreitig geweſenen Ackers eben ſoviel von ſeinem eigenthümlichen Grundſtück an den jetzigen Kläger abzutreten für ſchuldig erkannt werde, als er ſich von deſſelben Acker widerrechtlich anzumaſſen unterfangen hatte. Dieſe Klage wird genannt condictio ex Lege 4. *Cod. finium regundor* 14).

Die meiſten condictiones ex Lege gründen ſich jedoch auf erlaubte Handlungen, und ſind entweder ſolche, die aus den ſogenannten pactis legitimis entſpringen, oder ſie haben andere erlaubte Handlungen zum Grunde. Zu den Condictionen der erſten Art gehören z. B. folgende.

a) *Condictio ex L. 6. Cod. de dot. promiſſ.* welche nach der Verordnung der Kaiſer Theodos und Valentinian auf die Beſtellung eines Heyrathsguts aus einem ſimplen Verſprechen deſſelben angeſtellt werden kann, wo ſonſt nur eine Stipulation das Verſprechen klagbar machte.

b) *Condictio ex L. 35. §. ult. Cod. de donat.* wegen einer Schenkung unter den Lebendigen, welche nach dieſer Verordnung des Kaiſers Juſtinian auch ohne Stipulation eine klagbare Verbindlichkeit wirken ſoll 15).

c) *Condictio ex L. 7. D. de nautico foen.* die ſich auf das pactum de nautico foenore gründet, wodurch der Gläubiger die Gefahr eines über See geliehenen Kapitals wäh-

14) S. *Guſt. Henr.* MYLII Diſputat. de condictione ex L. 4. C. Fin. Reg. *Lipſiae 1707.*

15) *Nov. CLXII. Cap. 1. §. 1.*

während der Reiſe gegen bedungene höhere Zinſen übernimmt, und welches nach dieſem Geſetz eben ſo wirkſam ſeyn ſoll, als eine Stipulation. Es heißt in dem angeführten Geſetz: In quibusdam contractibus etiam [16]) uſurae debentur, *quemadmodum per ſtipulationem.* Nam ſi dedero decem trajectitia, ut ſalva nave ſortem cum certis uſuris recipiam, dicendum eſt, poſſe me ſortem cum uſuris recipere [17]).

Zu

16) *Ger.* NOODT Lib. IV. Probabil. cap. 6. et de Foenore et uſuris Lib. III. cap. 2. will nach etiam die Worte *ex pacto* ergänzen; allein es iſt dies eine ſehr gewöhnliche Ellipſis, die jener Correction nicht bedarf, wie ſchon *Abr.* WIELING Lection. iuris civ. Lib. II. cap 9. §. 1. erinnert hat.

17) Aus welcher Quelle dieſe obligatio foenoris nautici herrühre, läßt ſich nicht mit Gewißheit beſtimmen. *Mart. Hier.* HUDTWALCKER in Diſſ. de foenore nautico Rom. *Hamburgi 1810.* §. 13. glaubt, ſie ſey der Billigkeit wegen durch das ius honorarium eingeführt worden. Der Prätor habe alſo hier eine Klage geſtattet. Der Beweis dieſer Hypotheſe wird aus der Inſcription geführt, weil nämlich die L. 7. cit. aus ULPIANI *libro 3. ad Edictum* genommen iſt. Allein die *L. 7.* iſt nicht aus ULPIANI, ſondern aus PAULI *libro 3. ad Edictum* genommen. In dieſem Buche aber handelte Paulus von den pactis legitimis, wie aus *L. 6. D. de pactis* erhellet, welche ebenfalls aus dem 3. Buche ſeines Commentars über das Edict entlehnt iſt. Er ſagt daſelbſt *Legitima conventio* eſt, quae Lege aliqua confirmatur, et ideo interdum ex pacto actio naſcitur. Das *pactum de nautico foenore* iſt alſo kein pactum praetorium, ſondern ein pactum legitimum. Durch welches Civilgeſetz aber dieſes pactum beſtätiget worden ſey, iſt nicht bekannt. Man ſehe übrigens *Ger.* NOODT ad Edictum Praetoris de pactis, cap. 13.

Zu den Condictionen der letztern Art gehören

a) *Condictio ex L. 30. Cod. de inoff. teſtam.* auf Ergänzung des Pflichttheils, von welcher ſchon an einem andern Orte gehandelt worden iſt [18]).

b) *Condictio ex L. 1. Cod. h. t.* welche der Fiskus wegen einer Primipilarſchuld zu ſeiner Deckung gegen den Schuldner ſeines Schuldners anſtellen kann, wenn auch gleich die Schuld deſſelben noch nicht zahlbar ſeyn ſollte. Das Geſetz, welches eine Verordnung der Kaiſer **Diocletian** und **Maximian** iſt, ſagt: Licet ante tempus debita exigi non poſſint, tamen ſi te *ex primipilo* [19]) debitorem conſtitutum fiſci, ac patrimonium tuum exhauſtum Praeſes provinciae compererit; *ut ad ſolutionis ſecuritatem ſolum foenebris pecuniae* [20]) *ſubſidium ſupereſſe videatur*; commonebit debitorem tuum, ſi ſaltem ipſe ſit ſolvendo, *ut ante definitum tempus debita repraeſentet: ut fisco, cuius ob neceſſitates publicas cauſam potiorem eſſe oportet, debita pecunia exſolvatur* [21]).

c) *Condictio ex L. ult. §. 1. Cod. de hered. petit.* wodurch derjenige, welcher die Erbſchaftsklage anſtellte, aber den Pro-

18) S. den 7. Theil dieſes Commentars §. 550. S. 142. ff.

19) i. e. ex cauſa primipilari. Eſt autem hic *Primipilus*, annona militaris. S. *Iac.* GOTHOFREDUS in Comm. ad L. 6. Cod. Theod. de Cohortal. und *Ger.* NOODT Comm. ad Dig. h. t. pag. 305.

20) i. e. pecuniae, quam foenori collocaſti.

21) Daß die dem Fiskus in dieſem Falle zuſtehende Klage eine condictio ex h. L. ſey, zeigt auch POTHIER in Pand. Iuſtin. Tom. I. h. t. Nr. 1. not. b.

Proceß verlohr, von dem Beſitzer der Erbſchaft Erſatz deſſen fordern kann, was er bereits den Erbſchaftsgläubigern bezahlt hat. Quodſi petitor victus fuerit, ſagt Kaiſer Juſtinian in dem angeführten Geſetz, ſimili modo a poſſeſſore *iudicis officio* [22]) ei ſatisfiat, vel ſi hoc fuerit praetermiſſum, negotiorum geſtorum vel *ex lege condictione.*

d) *Condictio ex L. ult. Cod. de dotis promiſſ.* welche ſich auf die geſetzliche Verpflichtung des Vaters zur Dotirung ſeiner Tochter gründet. Kaiſer Juſtinus ſagt in dem angeführten Geſetz: *Neque enim Leges incognitae ſunt, quibus cautum eſt, omnino paternum eſſe officium, dotem vel ante nuptias donationem pro ſua dare progenie.* Da dieſe Verbindlichkeit dem Vater urſprünglich durch die Lex Iulia de maritandis ordinibus iſt auferlegt worden, wie Johann Conrad Sieglitz [23]), und Aemil. Lud. Hombergh zu Vach [24]) auſſer allen Zweifel geſetzt haben, ſo könnte man dieſe Klage auch *condictio ex Lege Iulia de maritandis ordinibus* nennen, wie ſie auch aller Wahrſcheinlichkeit nach urſprünglich geheiſſen haben mag, und weil dieſe

22) Die Worte *iudicis officio* gehen darauf, daß der Richter, der in der Erbſchaftsſtreitigkeit ſpricht, in der Sentenz, in welcher er den Kläger abweißt, zugleich auf deſſen Entſchädigung für das an Andere von ihm Bezahlte erkennen kann. S. Weſtphals ſyſt. Commentar über die Geſetze von Vorlegung und Eröfnung der Teſtamente §. 367. a. E.

23) Diſſ. de neceſſitate patris conditionem filiabus quaerendi. *Halae 1757.* §. 2. ſq.

24) Diſſ. de obligatione patris ad conſtituendam dotem non promiſſam. *Marburgi 1770.* §. 19.

dieſe Verordnung nachher nochmals durch eine Conſtitution der Kaiſer Sever und Antonin beſtätiget, und auf die Provinzen ausgedehnt wurde, wie aus *L.* 19. *D. de ritu nupt.* erhellet, ſo erklärt ſich hieraus, was das für *Leges* ſind, deren Juſtinus in der oben gedachten Geſetzſtelle Erwähnung thut. Unſtreitig iſt auch

e) die Klage, deren Scävola *L.* 65. *D. Soluto matrimonio* gedenkt, keine andere, als eine *condictio ex Lege Iulia de maritandis ordinibus*, wie Cujaz [25]) und Franz Ramos Del Manzano [26]) gezeigt haben. Die erwähnte Lex Iulia handelte nämlich unter andern auch von der Manumiſſion eines zum Heyrathsgute gegebenen Sklaven [27]). Hier unterſchied man drey Fälle.

α) Die Frau hatte ihrem Manne den ſervum dotalem zu dem Zweck geſchenkt, daß er ihn manumittiren ſollte. In dieſem Falle durfte der Ehemann ſeiner Frau wegen dieſer Manumiſſion gar nichts vergüten, wenn er ſich auch bey der Manumiſſion des Sklaven noch ſo viele Vortheile ausbedungen hatte [28]).

β) Der Mann hatte den ſervum dotalem als negotiorum geſtor der Frau manumittirt. Hier war die Manumiſſion an ſich zwar gültig [29]). Allein der Mann muſte,

25) Obſervation. Lib. II. cap. 34.

26) Commentar. ad Leges Iuliam et Papiam. Lib. IV. Reliquat. 29. (in *Theſ. Meermaniano* Tom. V. pag. 493. ſq.)

27) *L. 14. §. ult. D. de Lege Cornel. de falſis.*

28) *L. 24. §. 4. L. 62. D. Soluto matrim. L. 7. §. ult. D. de donat. inter V. et U. L. 22. Cod. eodem.*

29) *L. 3. Cod. de iure dot. L. ult. C. de ſervo pign. dato manum. L. 3. §. 2. D. de ſuis et legitim. heredib.*

ſte, was er als Patron durch die Manumiſſion erhielt, der Frau reſtituiren, auch dasjenige muſte er vergüten, was er noch hätte erhalten können, wenn er nicht den Erwerb doloſe verhindert hätte [30]). Was er hingegen nicht als Patron, ſondern alio iure, von dem Freygelaſſenen erhielt, durfte er behalten [31]). Die Klage, welche in jenem Falle die Frau anſtellen konnte, war die *condictio ex Lege Iulia.*

γ) Der Ehemann hatte den ſervum dotalem wider den Willen der Frau manumittirt. Hier kam es zuvörderſt darauf an, ob der Mann im Stande war, den Sklaven zu bezahlen, oder nicht. In dem letzten Falle war die Manumiſſion ungültig, wenn gleich der Mann ſonſt keine andern Gläubiger hatte [32]). In dem erſtern Falle hingegen ward zwar der Mann Patron des Freygelaſſenen [33]); allein er mußte hier der Frau alles reſtituiren, auch was er nicht als Patron durch die Manumiſſion erhalten hatte; jedoch mit dem Unterſchiede, daß er dasjenige, was ihm iure patronatus gebührte, noch während der Ehe reſtituiren mußte, und deshalb *condictione ex Lege Iulia* belangt werden konnte; das Uebrige aber erſt nach getrennter Ehe, und zwar mit der *actione dotis*, oder wie ſie noch zu den Zeiten der Klaſſiker hieß, *actione rei uxoriae.* So erklärt ſich denn die *L. 65. D. Soluto matrim.* wo Scävola ſagt: *Haec actio* (nämlich condictio ex Lege Iulia, oder wie ſie

30) *L. 64. §. 5 — 7. D. Soluto matrim. L. 14. §. ult.* verglichen mit *L. 6. §. ult. D. ad L. Corn. de falſ.*

31) *L. 64. §. 5. D. Soluto matrimon.*

32) *L. 21. D. de manumiſſ. L. 1. Cod. de ſervo pign. dato manum.*

33) *L. 3. Cod. de iure dot. L. ult. Cod. de ſervo pign. dato manum.*

ſie auch Pothier[34]) nennt, ex Lege Papia) *etiam conſtante matrimonio mulieri competit*; wenn man damit die *L. 61. D. eodem* vergleicht, wo Papinian ſagt: Dotalem ſervum vir *invita uxore* manumiſit, heres ſolus vir a liberto inſtitutus portionem hereditatis, *quam ut patronus conſequi potuit ac debuit*, reſtituere debet; alteram vero portionem, *dotis iudicio:* ſi modo uxor manumittenti refragatur.

3) Die Verbindlichkeit, welche durch dieſe Condiction verfolgt wird, muß durch ein neues Civilgeſetz eingeführt ſeyn. Denn iſt ſie vom Prätor beſtätiget, ſo heißt die Klage nie condictio ex Lege, ſondern *actio in factum*, ſofern ſie mit keinem individuellen Namen bezeichnet iſt[35]). Was heißt aber hier *Lex nova?* Faſt alle verſtehen darunter ein ſolches Geſetz, welches jünger iſt, als die Geſetze der zwölf Tafeln[36]). Dieſe Erklärung beſtätiget auch Paulus *L. 7. pr. D. de capit. minut.* Allein Sturm[37]) glaubt, dieſe Erklärung gehöre gar nicht hieher. Condictiones ex Lege ließen ſich nicht denken, bevor nicht das Verzeichniß der Contracte vollendet war, und die pacta legitima eingeführt wurden. *Lex nova* igitur eſt, ſagt er, quae poſt confectum catalogum contractuum novam actionem perſonalem, pacto nudo, ſine nomine dedit.

Allein

34) Pand. Iuſtin. Tom. II. Tit. ſoluto matrim. Nr. LXXXVIII.

35) *L. 11. D. de praeſcript. verb.* S. *Ant.* SCHULTING Theſ. controv. Decad. XLV. Th. 9.

36) BACHOV Tr. de actionib. Diſſ. IV. Th. 12. VOET Comment. ad Pand. h. t. §. 1. WESTENBERG de cauſis obligation. Diſſ. IV. cap. 1. §. 9. et 10.

37) Diſſ. cit. de pactis legitimis et condict. ex Lege §. 5.

Allein ſeine Hypotheſe, daß condictiones ex Lege nur allein ex pactis legitimis entſtünden, worauf ſich der Begriff von Lex nova bezieht, iſt ſchon oben widerlegt worden. Aus den vielen bereits angeführten Beyſpielen von ſolchen Condictionen erklärt ſich die lex nova von ſelbſt. Meiſtentheils iſt es eine conſtitutio principis, allein es kann auch zuweilen ein älteres Geſetz, ja ſogar ein römiſches Comitialgeſetz seyn, wovon oben Beyſpiele vorgekommen ſind. Endlich

4) muß auch das genus actionis, quo experiundum, nicht beſtimmt ſeyn, welches Weſtenberg [38]) nicht blos von dem Namen, ſondern auch von der Natur und Form der Klage verſteht.

Nach dem Beyſpiel der condictionum ex Lege nimmt man auch, wiewohl nach einer unpaßenden Analogie, *condictiones ex canone*, *ex ſtatuto*, und *ex moribus* an [39]).

Als Beyſpiele der erſtern Art führt man an

a) *Condictionem ex cap.* I. *X. de pactis.* Allein dieſe iſt offenbar erdichtet [40]), und beruhet auf der falſchen Meinung, als ob die heutige allgemeine Klagbarkeit der Verträge durch das canoniſche Recht ſey eingeführt worden, welche aber ſchon an einem andern Orte widerlegt worden iſt [41]).

b) *Con-*

38) De cauſis obligation. Diſſ. IV. Cap. I. §. 12.

39) S. HUBER Praelect. h. t. §. 3. et 4. STRUV Exercit. XVIII. Th. 58. LAUTERBACH Colleg. theor. pract. Pand. h. t. § 9. Schmidts Lehrbuch von gerichtlichen Klagen. §. 1338. et 1339.

40) S. *Io. Ge.* FICHTNERI Diſſ. de condictione ex canone non dabili ex cap. I. et 3. X. de pactis. *Altdorfii 1707.*

41) S. den 4. Th. dieſes Commentars §. 312. S. 281. ff.

b) *Condictionem ex can. Redintegranda 3. Cauſ. III. Qu. 1.* oder *ex cap. 18. X. de reſtitut. ſpoliator.* Allein die erſte Condiction iſt eben ſo erdichtet, als der Text, woraus man ſie herleitet. Denn auch davon abgeſehen, daß der canon *Redintegranda* eine von den erdichteten Decretalen iſt, wodurch die Pſeudiſidorſche Sammlung das Anſehen der Erzbiſchöfe und der Provincialſynoden untergrub, und überdem auf einer falſchen Leseart beruhet, wie ſchon an einem andern Orte bemerkt worden iſt[42]); ſo iſt auch von einem neuen Klagrecht, welches in dieſer Stelle eingeführt ſeyn ſoll, gar nicht die Rede, ſondern blos von einer Exception, die dem vertriebenen, oder ſeines eigenen Vermögens beraubten Biſchofe gegen die Anklage vor der Synode zuſtehen ſoll, vermöge welcher dieſe Anklage ſolange gar nicht Statt haben ſolle, als nicht derſelbe in den Beſitz der verlornen Güter wieder eingeſetzt iſt. In Rückſicht des erlittenen Verluſtes aber werden offenbar hier die ſchon bekannten Rechtsmittel, nämlich das römiſche Interdict unde vi, und die Reivindication vorausgeſetzt[43]). Soviel hingegen die andere *Condictio ex cap.* 18. anbetrift, ſo begründet zwar der Text hier ohne Zweifel ein neues Klagerecht, in einem Falle, wo das römiſche Recht ein ſolches nicht geſtattete. Das römiſche Recht geſtattete nämlich die Klage wegen eines gewaltſam verlohrnen Beſitzes gegen einen dritten Beſitzer ſelbſt denn nicht, wenn dieſer Dritte auch von demjenigen, welcher die Gewaltthätigkeit verübt hatte, die Sache bekam, und es wohl wuſte, wie der Beſitz ſeines

42) S. den 2. Th. dieſes Commentars §. 181. Not. 88. S. 589.

43) S. Fried. Carl von Savigny Recht des Beſitzes §. 50. S. 517. ff.

nes Auctors entſtanden war [44]). Dieſe Strenge des Civilrechts wird nun hier abgeändert, und gegen denjenigen, qui ſcienter rem ſpoliatam receperit, eben ſowohl, als gegen den Spoliator ſelbſt, eine Klage geſtattet. Allein dieſe Klage iſt keine condictio, ſondern die bekannte Spolienklage. Ein paſſenderes Beyſpiel glaubt

c) Böhmer [45]) in den *cap.* 2. *de pactis in 6to*, und *cap.* 26. und 28. *X. de iureiur.* gefunden zu haben, nach welchen ein Geſchäft, das nach dem Civilrecht nicht gilt, dennoch alsdann eine Klage wirken ſoll, wenn es mittelſt eines Eides beſtärkt worden iſt. Er führt das Beyſpiel von einer Schenkung unter den Lebendigen an, welche die Summe von 500. Solidis überſteigt, und nicht gerichtlich inſinuirt, aber durch einen Eid beſtärkt worden iſt. Hier müſſe mit einer *Condictio ex canone* auf die Erfüllung der Schenkung geklagt werden. Allein ſchon Carrach [46]) hat hier ſehr gründlich erinnert, daß es gar nicht nöthig ſey, eine ſolche Condiction aus dem canoniſchen Recht zu fingiren. Denn erſtens iſt in den angeführten Texten gar nicht von einem neuen Klagerecht die Rede, ſondern es wird nur geſagt, man ſolle den geleiſteten Eid halten, und Handlungen nicht anfechten, die durch einen Eid bekräftiget worden ſind, wenn ſie gleich das römiſche Recht für nichtig erklärt. Es iſt alſo vielmehr von einer Exception die Rede, welche der auf das Civilrecht gegründeten Nichtigkeitsklage wegen des geleiſteten Eides entgegengeſetzt

 wer-

44) *L. 3. §. 10. D. Uti poſſidetis.* S. von Savigny a. a. O. S. 523. f.

45) Doctr. de actionib. Sect. II. Cap. V. §. 42.

46) Adnotation. ad *Boehmeri* doctrinam de Actionib. pag. 268.

werden kann. Zweytens iſt ja auch ſelbſt nach dem römiſchen Recht die Klage wegen einer gerichtlich nicht inſinuirten Schenkung über 500. Solidos nicht ganz unſtatthaft, weil die Schenkung doch wenigſtens bis auf 500. Solidos gilt. Warum ſollte alſo nicht die überhaupt wegen einer Schenkung nach dem römiſchen Recht zuſtehende condictio ex Lege auch hier angeſtellt werden können? Setzt der Beklagte dem Kläger die Einrede entgegen, die Schenkung ſey nicht gerichtlich inſinuirt, und gelte alſo nur bis auf 500. Soliden, er habe ſolchemnach auf ein Mehreres geklagt, als er zu fordern berechtigt ſey, (exceptio pluris petitionis) ſo kann er noch immer in der Replic der vorgeſchützten Exception dadurch begegnen, daß er anführt, die Schenkung ſey durch einen Eid bekräftiget, und gelte alſo nach dem canoniſchen Recht auch ohne gerichtliche Inſinuation über 500. Solidos. Es iſt aber überhaupt noch die Frage, ob hier der Eid den Mangel der gerichtlichen Inſinuation erſetzen könne? Viele läugnen dieſes mit allem Recht darum, weil die Inſinuation zum Zweck hat, Betrügereyen zu verhüten, und das Intereſſe dritter Perſonen zu ſichern [47]). Es würde alſo ſchon aus dieſem Grunde gar nicht rathſam ſeyn, mit einer condictio ex canone zu klagen. Endlich führt man noch

d) als Beyſpiel die *condictio ex cap. 5. X. de raptor.* an, mit welcher gegen die Erben eines verſtorbenen Verbre-

47) S. CARPZOV P. II. Conſt. XII. Def. 14. LUDOVICI Diſſ. de genuino intellectu brocardici vulgaris: *omne iuramentum ſervandum eſſe* etc. §. 12. ſq. AYRER Diſſ. de abuſu iuramentor. §. 40. WALCH Introduct. in controv. iur. civ. pag. 465. und THIBAUT Syſt. des Pand. R. 2. B. §. 903. a. E.

brechers geklagt werden könne, um den Schaden aus der Erbſchaft zu erſetzen, ſoweit dieſelbe dazu hinreicht [48]). Es iſt aber auch hier nicht nöthig, condictione ex canone zu klagen, da vielmehr die aus dem Delict des Verſtorbenen entſpringende Klage heut zu Tage nach den Grundſätzen des natürlichen und canoniſchen Rechts auch gegen die Erben geht, ſo weit die Erbſchaft zureicht [49]); wie bey den einzelnen bereits vorgekommenen Klagen aus Delicten gezeigt worden iſt.

Soviel hiernächſt die *condictionem ex Statuto* anbetrift, ſo findet man davon Beyſpiele bey Stryk [50]) und Wernher [51]).

Eine *condictio ex moribus* endlich iſt z. B. diejenige Klage, welche nach einem allgemein anerkannten teutſchen Gewohnheitsrechte aus einem Vertrage angeſtellt werden kann, der nach dem römiſchen Recht, als ein pactum nudum, nicht klagbar ſeyn würde. Sie wird jedoch auch *actio ex pacto* genennt [52]).



48) S. BOEHMER Doctr. de action. Sect. II. cap. V. §. 43. Not.*) in fin. vergl. mit §. 10. Not. n. p. 402. und Schmidts Commentar über ſeines Vaters Lehrbuch von Klagen 5. Band §. 1339.

49) S. CARRACHII Adnotat. ad *Boehmeri* Doctr. de actionib. pag. 30. ad §. 9. et pag. 252. ad §. 10.

50) Uſ. mod. Pand. h. t. §. 6.

51) Select. Obſervat. for. Tom. II. P. VII. Obſ. 160.

52) S. *Aug. Ben.* CARPZOV Diſſ. de condictione ex moribus. *Lipſiae 1685.* *Gebh. Chriſt.* BASTINELLER Diſſ. de actione ex quocunque pacto moribus data, *Vitemb. 1718.* und Schmidts Lehrbuch von Klagen §. 701. ff.

Man vermiſche übrigens mit der condictio ex Lege nicht eine bloße Imploration des richterlichen Amtes [53]). Denn darunter wird im Sinn des römiſchen Rechts ein ſolches Geſuch verſtanden, welches in dem Falle vor Gericht geſchiehet, da zwar dem Imploranten die Rechtshülfe in den Geſetzen zugeſichert wird, allein keine ordentliche und förmliche Klage Statt findet. Z. B. das Geſuch eines Minderjährigen um Wiedereinſetzung in den vorigen Stand [54]), ferner das Geſuch um Leiſtung einer cautio damni infecti [55]). Hier galt es mehr der Form des Proceſſes, als dem Namen und Grunde der Klage. Denn es ward hier nach der römiſchen Gerichtsordnung nicht ſo, wie bey den ordentlichen Klagen, ein iudex pedaneus beſtellt [56]). Heutzutage aber nennt man Imploration überhaupt das Anbringen der Klage im ſummariſchen Proceß, insbeſondere aber auch eine ſolche Klage, welche auf das natürliche Zwangsrecht in dem Falle gegründet wird, wo zwar kein Civilgeſetz die Forderung des Klägers unterſtützt, aber doch auch dem natürlichen Rechte in dem unterliegenden Falle durch das Civilrecht ſeine Kraft nicht entzogen worden iſt. Man nennt ſonſt auch dieſe Klage actio in factum [57]).

53) *Frid. Alex.* KÜNHOLD Diſſ. de remedio implorationis officii iudicis. *Lipſiae 1720.* und *de* COCCEJI ius civ. controv. h. t. Qu. I.

54) *L. 1. pr. D. de Minorib. L. 8. L. 24. §. ult. D. eod.*

55) *L. 4. §. 8. D. de damno inf. L. 5. D. de Verb. oblig.*

56) *Henr.* WAGNERI Meditation. ad *Boehmeri* Doctrin. de Action. P. I. § 29. et § 33.

57) S. Schmidts Commentar über ſeines Vaters Lehrbuch von Klagen und Einreden 1. Th. §. 24. u. §. 57.

Lib. XIII. Tit. III.

## De condictione triticiaria.

§. 843.

### Begriff, Name und Natur der *condictio triticiaria.*

Die Lehre von der condictione triticiaria gehört unſtreitig zu den ſchwierigſten im römiſchen Recht [58]. Man iſt weder über den Namen, noch über die Natur dieſer Klage einverſtanden, weil die Fragmente, welche uns darüber aus den Schriften der Klaſſiker aufbehalten worden, theils ſehr mangelhaft, theils aber auch dunckel und widerſprechend ſind. Der große Gerhard

 Noodt

58) Von dieſer Klage handeln *Ant.* FABER de Errorib. Pragmaticor. et Interpret. iuris Decad. LXXXIII. Err. 1. et 2. Dec. LXXXIV. Err. 4. et ſqq. Dec. LXXXV. Err. 1. Dec. LXXXVIII. Err. 9. et 10. Dec. LXXXIX. Err. 1. ſqq. *Guil.* MASIUS in Tr. de rei debitae aeſtimatione. *Lovanii 1653.* 4. P. III. Cap. 1. ſqq. *Franc.* DUARENUS in Commentar. ad hunc Tit. Dig. *Operum* pag. 920. *Io.* STRAUCH Diſſ. de condictione triticaria. *Ienae 1670.* (in Opuſc. a *Knorrio* Halae 1729. edit. P. VI. Nr. IV. pag. 775. ſqq.) *Io. Car. van* WACHENDORFF Diſſ. de condictione triticiaria, in *Eiusd.* Diſſertation. Triade. *Trajecti ad Rhen. 1730.* 8. Diſſertat. II. pag. 201. ſqq. und *Io. Ortw.* WESTENBERG de Cauſis obligationum Diſſertat. VII. Cap. 5. in *Operib. iurid.* a *Iungio* edit. Tom. I. Nr. III. pag. 145. ſqq.

Noodt [59]) übergeht daher die Interpretation dieſes Titels in ſeinem Pandecten-Commentar mit dem beſcheidenen Bekenntniß, *non adſuetus alios docere, quod ipſe non intelligo. Memoria teneo omnia*, ſagt er, *de hac condictione tradita a Tituli huius interpretibus, ſed expenſis omnibus diligenter, adeo nihil probare, mihi permiſi: ut contra ſaepe ſim miratus, tam ſecure tractari actionem, cuius nemo non modo uſum, ac nec nomen, ad probabile explicando adduxit, tantum abeſt, ut quisquam utrumque aut alterum ſit ex ſolido conſequutus.* Kein Wunder, wenn diejenigen, welche ſich auf eine Erklärung dieſer Condiction eingelaſſen haben, in ihren Theorien ſehr von einander abweichen. Nach der gemeinen Behauptung ſoll zwar die *condictio triticiaria* eine eigene beſondere perſönliche Klage ſeyn, mit welcher bey ſtricti iuris Geſchäften, aus denen Jemand dem Kläger irgend eine andere Sache, als eine beſtimmte Geldſumme, zu leiſten ſchuldig iſt, aber ſein Verſprechen entweder gar nicht oder nicht zu rechter Zeit erfüllet hat, nun deshalb das Intereſſe nach richterlichem Ermeſſen in einem ſolchen Falle gefordert werden kann, wo die actio ex ſtipulatu nicht Statt findet [60]). Allein die Geſetze der Pandecten gedenken der ſtricti iuris Geſchäfte bey dieſer Condiction mit keiner Sylbe. Daß ſie vielmehr auch bey bonae fidei Geſchäften Statt haben könne, iſt daraus zu erſehen, weil

59) Comment. ad Dig. h. t. Tom. II. *Oper.* pag. 305.

60) S. WACHENDORFF cit. Diſſ. Cap. II. §. 7. BOEHMER Doctr. de actionib. Sect. II. cap. V. §. 46. SCHAUMBURG Compend. iuris Dig. h. t. §. 1. GÜNTHER Princip. iuris Rom. privati noviſſ. Tom. II. §. 943. Schmidt Lehrbuch von gerichtlichen Klagen. §. 1384.

weil nach der Meinung des Servius, welche auch Ulpian[61]) billiget, bey der Beſtimmung des Werths der ſchuldigen Sache, auf die Zeit der Verurtheilung geſehen werden ſolle. Nun unterſcheiden ſich eben darin die iudicia bonae fidei und ſtricti iuris, daß bey den erſten das tempus rei iudicatae, bey den letztern aber das tempus litis conteſtatae zum Maasſtabe der Werthbeſtimmung genommen wird[62]). Hierzu kommt, daß die condictio triticiaria nach Ulpians[63]) Lehre auch Statt findet, wenn die Verbindlichkeit des Beklagten aus einem Delict herrührt. Andere[64]) ſagen daher, ſie ſey diejenige perſönliche Klage, wodurch der Kläger jede ihm ſchuldige Sache, ſie ſey beſtimmt oder unbeſtimmt, nur nicht eine beſtimmte Geldſumme, von dem Beklagten dergeſtalt fordern kann, daß, wenn letzterer der richterlichen Sentenz, welche ihm die Reſtitution oder Ablieferung der Sache auferlegt, keine Folge leiſtet, er nachher zum Erſatz des Werths verurtheilt werden könne. Aber auch dieſe Idee iſt den Geſetzen nicht gemäß. Denn iſt gleich die condictio triticiaria eine actio arbitraria in dem Sinn, daß ſie auf den, nach richterlichem Ermeßen, zu beſtimmenden Werth der ſchuldigen Sache geht, ſo iſt es doch unerweislich, daß ſie bey den Römern eine vorläufige Sentenz des Richters erfordert habe, ehe der Beklagte zur Erſtattung des Werths habe verurtheilt werden können, wie auch ſchon van Wachendorff[65]) ſehr gründlich erinnert hat.



61) *L.* 3. *D. h. t.*

62) *L.* 3. §. 2. *D. Commodati.*

63) *L.* 1. §. 1. *D. h. t.*

64) S. STRAUCH cit. Diſſ. Cap. II. Sect. 1. §. 1. et Sect. IV. §. 3.

65) Cit. Diſſ. Cap. II. §. 7. pag. 257. ſq.

hat. Soviel wir durch den Nebel, welcher hier unſern Blick verdunkelt, zu erkennen im Stande ſind, ſo ſcheint die *condictio triticiaria* keine eigene Hauptklage zu ſeyn, es ſcheint vielmehr dieſe Benennung nur eine adjectitia qualitas, d. i. einen Beyſatz zu bezeichnen, der allen perſönlichen Klagen, welche aus einer obligatione dandi entſtehen, in dem Falle beygefügt werden kann, da nicht auf die Sache ſelbſt, ſondern auf den nach richterlichem Ermeſſen zu beſtimmenden Werth derſelben geklagt wird, um durch dieſen Beyſatz anzuzeigen, daß die Forderung auf etwas Unbeſtimmtes gerichtet ſey. Hierin ſtimmen auch die berühmteſten ſowohl ältern als neuern Rechtsgelehrten überein [66]). Nur bleibt es denn freylich immer räthſelhaft, woher dieſe Benennung entſtanden ſey. Von einem Urheber oder Erfinder läßt ſich wohl dieſelbe nicht herleiten. Denn daß es irgend einen Triticius bey den Römern gegeben habe, dem man dieſe Klage zueignen könnte, iſt unerweislich. Die römiſche Familiengeſchichte, welche **Urſinus**, **Auguſtinus** und **Panvinius** mit ſo großem Fleiß bearbeitet haben, enthält nichts davon. Es iſt daher zu verwundern, wie die Hypotheſe des **Accurſius**, der ſich den Namen der Klage auf jene Art zu erklären ſuchte, bey **Duaren**, **Treutler** und **Donell** habe Beyfall finden können. Noch weni-

66) Man ſehe *Io.* VOET Commentar. ad Pand. h. t. §. 1. et 2. *Arn.* VINNIUS Selectar. iuris Quaeſtion. Lib. I. cap. 39. p. 100. (*Franequerae 1690. 4.*) *Corn. van* ECK Commentat. de ſeptem damnatis LL. Pandectar. ſ. crucibus ICtor. Cap. I. §. 7. *de* COCCEJI iur. civ. controv. h. t. Qu. 1. et 10. HOFACKER Princip. iuris civ. Rom. Germ. Tom. III. §. 1749. MALBLANC Princip. iuris Rom. P. I. §. 270. in fin. und THIBAUT Syſt. des Pand. Rechts. I. B. §. 276.

weniger aber kann, wie **Bartolus** träumte, ein gewiſſer Mönch Triticius, von dem Orden der Minoriten oder Franziskaner, denen es nicht erlaubt iſt, Geld zu berühren, der Klage den Namen gegeben haben. Eine Meinung, welche **Wiſſenbach**[67]) billig unter die *aegrae deliria mentis*, und *quartanae ſomnia febris* zählt. Richtiger leitet man den Namen der Klage von Triticum her. Doch wie verſchieden ſind nicht hier wieder die Gedanken der Ausleger! Viele[68]) glauben, mit jenem Worte habe ſich das Edict des Prätors angefangen, wodurch die condictio triticiaria ſey eingeführt worden. *Triticum*, *vinum*, *oleum*, *frumentum*, *ſimilisque res*, *praeter pecuniam numeratam*, *ſi petatur*, *nec exſtat*: *de ea iudicium dabo*: ſo könnten, meinen ſie, die Worte des Edicts ohngefähr gelautet haben. Allein wo findet ſich denn nur die geringſte Spur von einem ſolchen Edict? Es iſt auch ſchon an einem andern Orte[69]) bemerkt worden, daß die Condictionen, von denen wir bisher gehandelt haben, und noch handeln, lauter Civilklagen ſind. Eben ſo wenig iſt zu glauben, daß die ominöſe Geſchichte des ſchlafenden Midas, welche **Valerius Maximus**[70]) erzählt, den Namen der Klage veranlaßt habe, wie

67) Exercitat. ad Pand. P. I. Diſp. XXVI. Th. 7.

68) *Ant.* SCHULTING Theſ. controverſ. Decad. XLVI. Th. 1. *Io. Iac.* WISSENBACH c. l. *Vigl.* ZUICHEMUS Praelect. ad rubr. Dig. Si certum petat. nr. 28. *Io. Frid.* BOECKELMANN Comment. in Dig. h. t. §. 1. *Io. Ortw.* WESTENBERG Princip. iuris ſec. ord. Dig. h. t. §. 2. *Io.* SCHILTER Exercit. XXIV. ad Dig. §. 56. LYNCKER Analect. ad Dig. h. t. POTHIER Pand. Iuſtin. Tom. I. h. t. Nr. I. not. b. u. a. m.

69) S. §. 820. S. 4. des 13. Theils.

70) Lib. I. Cap. 6.

wie Zaſius wähnte. Denn wollte man unter dem Worte *Triticum* alle menſchliche Güter und Reichthümer verſtehen, ſo wäre unbegreiflich, warum die condictio triticiaria nicht auf baare Geldſummen gehen ſolle. Cujaz [71]) will daher vielmehr mit Stephan, dem griechiſchen Scholiaſten, behaupten, daß in der alten Klagformel das Wort triticum geſtanden, weil vielleicht derjenige, welcher ſich derſelben zuerſt bediente, auf den Werth einer ſchuldigen Getraide-Lieferung geklagt habe. Noch viel ſinnreicher iſt jedoch die Muthmaßung des Voet [72]), dem auch van Wachendorff [73]) beyſtimmt, nämlich die Provinzialen mußten ehemals, wie Cicero [74]) erzählt, eine gewiſſe Quantität Getraide an die Republik liefern. Diejenigen nun, welchen es, wegen der zu großen Entfernung von dem Lieferungsorte, zu beſchwerlich fiel, das Getraide in Natur zu liefern, baten ſich's zur Gnade aus, das Geld dafür bezahlen zu dürfen. Die Ankündigung der Lieferungszeit hieß *condictio triticaria*. Daher ſey es denn gekommen, daß wenn in einem gegebenen Falle ſtatt der ſchuldigen Sache ſelbſt der Werth derſelben gefordert wurde, die Klage *condictio triticaria* oder *triticiaria* genennt worden ſey. Es kann indeſſen auch gar wohl ſeyn, daß Getraidelieferungen der gewöhnliche Fall geweſen, wo dieſe Condiction angeſtellet worden, oder daß man die Klage, wie Heineccius [75]) meint,

71) Tract. II. ad Africanum ad L. 23. D. de reb. credit. et in Paratitl. Dig. h. t.

72) Comment. ad Pand. h. t. §. 1.

73) Diſſ. cit. Cap. II. §. 4. pag. 245. ſq.

74) *Orat. III. in Verrem cap. 82. ſq.*

75) Element. iuris civ. ſec. ord. Pandectar. P. III. §. 84.

meint, a tritico, tanquam nobiliſſimo mercium genere, mit dem Namen der *condictio triticiaria* bezeichnet habe.

Um jedoch die Natur dieſer Klage näher kennen zu lernen, ſo ſind folgende Sätze zu bemerken.

1) Die *condictio triticiaria* findet in allen Fällen Statt, wo man den Werth einer Sache zu fordern berechtiget iſt, welche der Beklagte zu geben oder zu reſtituiren ſchuldig war; wenn dieſer entweder wegen eines Dolus oder wegen einer Culpa ſeine Verbindlichkeit gar nicht, oder wegen Verzugs nicht zu gehöriger Zeit erfüllet hat. Die Sache, welche den Gegenſtand der Verbindlichkeit ausmacht, ſey eine körperliche oder unkörperliche, eine bewegliche oder unbewegliche, eine fungible, oder nicht fungible. Sie findet nur dann nicht Statt, wenn der Gegenſtand der Verbindlichkeit eine beſtimmte Geldſumme iſt, weil das Geld keiner weitern Werthbeſtimmung bedarf, ſondern vielmehr ſelbſt der Maasſtab iſt, wornach der Werth der Dinge beſtimmt wird [76]). Sie wird daher der auf eine Geldſumme gerichteten *condictio certi* entgegengeſetzt, und von den Practikern ſcherzweiſe die Franziskaner Klage genennt [77]). Folgende Stelle aus **Ulpian** iſt hier merkwürdig.

*L. 1. pr. D. h. t.* Qui certam pecuniam numeratam petit, illa actione utitur, *Si certum petetur*: qui autem alias res, per *triticiariam condictionem* petet. Et gene-

76) *L. 3. D. de in litem iur. L. 42. D. de fideiuſſor. L. 1. D. de contrah. emt.* S. BACHOVII Tr. de Actionib. Diſp. IV. Th. 23. *van* WACHENDORFF cit. Diſſ. Cap. II. §. 6.

77) *Io. Ge.* FICHTNER Diſſ. de Franciscanorum actione. *Altdorfii 1727.* 4.

generaliter dicendum eſt, *eas res per hanc actionem peti, ſi quae ſint praeter pecuniam numeratam: ſive in pondere, ſive in menſura conſtent, ſive mobiles ſint, ſive ſoli.* Quare fundum quoque per hanc actionem petimus, etſi vectigalis ſit: ſive ius ſtipulatus quis ſit, veluti uſumfructum vel ſervitutem utrorumque praediorum.

Mehrere Rechtsgelehrten [78]) läugnen zwar, daß die condictio triticiaria gerade auf den Werth der Sache gehe. Sie glauben vielmehr, daß die aus Ulpian angeführte Stelle ſchon ſelbſt einen hinlänglichen Beweis enthalte, daß mit dieſer Condiction die ſchuldige Sache ſelbſt gefordert werde. Ueberdem bringe dies auch ſchon die Natur aller Klagen mit ſich, ſie ſeyen bonae fidei oder ſtricti iuris, daß wenn die ſchuldige Sache nicht mehr exiſtirt, ſtatt derſelben der Werth gefordert, und dieſer auch ſogar durch den Eid des Klägers beſtimmt werden könne [79]). Allein gienge die Klage auf Leiſtung der ſchuldigen Sache ſelbſt, ſo wäre ſie ja eine condictio certi. *Certi* enim *condictio*, ſagt Ulpian [80]), competit ex omni cauſa, ex omni obligatione, ex qua certum petitur; ſive ex certo contractu petatur, ſive ex incerto. Licet enim nobis ex omni contractu certum condicere.

Nun

78) *Ant.* FABER de Errorib. Pragmaticor. P. I. Dec. LXXXIII. Err. 7. *Ant.* SCHULTING Theſ. controverſar. Decad. XLVI. Th. 2. STRAUCH cit. Diſſ. Cap. II. Sect. III. §. 9. *de* COCCEJI iur. civ. controv. h. t. Qu. 4. *Frid. Eſ. a* PUFENDORF Obſervation. iuris univ. Tom. II. Obſ. 41. §. 12. u. a. m.

79) *L. 5. §. ult. D. de in litem iur. L. 3. §. 2. D. Commodati.*

80) *L. 9. pr. D. de reb. credit.*

Nun ſagt Paulus [81]): *Certum* eſt, cuius ſpecies vel quantitas, quae in obligatione verſatur, aut nomine ſuo, aut ea demonſtratione, quae nominis vice fungitur, qualis quantaque ſit, oſtenditur. Ulpian ſetzt aber die condictio triticiaria ausdrücklich der condictioni certi entgegen. Daher ſind die meiſten Rechtsgelehrten [82]) darin einverſtanden, daß die condictio T. eine condictio incerti ſey [83]). Denn in allen den Fällen, wo die Forderung des Klägers auf das Intereſſe, oder den Werth der Sache, oder aber auf ein gewiſſes Recht gerichtet iſt, iſt immer die Klage eine condictio incerti [84]). Eben daraus, weil die Klage auf den Werth der ſchuldigen Sache geht, läßt ſich auch nur erklären, warum ſie keine beſtimmte Geldſummen zum Gegenſtand haben könne. Es iſt auch endlich ganz unrichtig, daß Klagen aus ſtricti iuris Geſchäften auf Leiſtung des Werths ſchlechthin gerichtet werden könnten, wenn die ſchuldige Sache nicht mehr gegeben werden kann. Paulus [85]) lehrt ganz das Gegentheil, und Marcian [86]) läßt blos in einem beſtimmten Falle den Schä-

81) *L. 6. D. eodem.*

82) CUJACIUS Obſervat. Lib. VIII. cap. 2. *Barth.* CHESIUS Differentiar. iuris. Cap. 49. (in *Iurisprud. Rom. et Attic.* Tom. II. pag. 771. ſqq.) WESTENBERG De cauſis obligation. Diſſ. VII. Cap. 5. §. 17. ſqq. WACHENDORFF cit. Diſſ. Cap. II. §. 7. und beſonders *de* COCCEJI de iure civ. controv. h. t. Qu. I. Nr. III.

83) *L. 12. D. de novation.*

84) *L. 22. §. 1. L. 40. §. 1. L. 65. §. 6. D. de condict. indeb. L. 3. D. de condict. ſine cauſ. L. 8. pr. L. 20. D. de condict. furt. L. 75. pr. et §. 1—3. D. de verb. obligat.*

85) *L. 6. D. de iur. in lit.*

86) *L. 5. §. ult. D. eodem.*

Schätzungsgeld bey ſtricti iuris Klagen zu. Soviel iſt freylich nicht zu läugnen, daß in der Klage die ſchuldige Sache ſelbſt, ſo wie bey einer condictio certi, genau bezeichnet werden müſſe; und dies iſt es, was die *L.* 1. *D. h. t.* nennt, rem per hanc actionem peti. — Fundum per hanc actionem petimus. Allein nicht darum, daß der Beklagte die Sache zu geben verurtheilt werde, welche entweder jetzt gar nicht mehr exiſtirt, oder dem Kläger wenigſtens jetzt gar nichts mehr nützt; nein! der ganze Zweck und die Abſicht des Klägers geht vielmehr dahin, daß ihm ſtatt der Sache ſelbſt der Werth derſelben nach billigem Ermeſſen des Richters geleiſtet werde. Daher reden auch die *L.* 3. und 4. *h. t.* bloß von der Beſtimmung des Werths [87]).

2) Die Condictio T. entſpringt nicht bloß aus ſtricti iuris Geſchäften, ſondern ſie kann auch aus einer jeden andern obligatio entſtehen, vermöge welcher eine gewiſſe Sache zu präſtiren iſt, die eine Werthbeſtimmung zuläßt; die obligatio mag ex contractu, oder quaſi ex contractu, oder aus einem Delict entſpringen [88]). Daher concurrirt dieſe Klage auch mit andern Condictionen, ſofern es auf Erſtattung des Werths einer ſchuldigen Sache ankommt, ja ſogar mit der condictio furtiva [89]).

3) Sie ſetzt jedoch voraus, daß die Principalklage, welche dem Kläger wegen der Sache ſelbſt, deren Werth nun-

87) S. *van* WACHENDORFF cit. Diſſ. Cap. II. §. 7. pag. 258. in fin. et ſq. und EMMINGHAUS ad COCCEJI ius civ. controv. h. t. Qu. 4. not. v. T. II. pag. 225.

88) VOET Comment. ad Pand. h. t. §. 1.

89) *L. 1. §. 1. D. h. t.*

nunmehr gefordert wird, zuſtand, eine Perſonalklage ſey. Denn kommt es bey dinglichen Klagen auf den Erſatz des Werths an, ſo hat die auf die Sache ſelbſt gehende actio in rem Statt [90]).

4) Mit dieſer Condiction kann man jedoch in der Regel nicht auf den Werth ſeiner eigenen Sache klagen. Denn dies erlaubte die bey den Condictionen überhaupt eingeführte Formel: *reum dare oportere*, nicht [91]). Es iſt aber auch hier der Fall ausgenommen, da dem Eigenthümer eine Condiction geſtattet wird. Wo nämlich wegen einer geſtohlnen oder geraubten Sache die condictio furtiva angeſtellet werden kann, da kann auch der Werth derſelben, ſofern die Sache ſelbſt nicht mehr exiſtirt, mit der condictio triticiaria gefordert werden. Dies lehrt uns Ulpian *L.* 1. §. 1. *D. h. t.* wo er ſagt: Rem autem ſuam per hanc actionem nemo petet, niſi ex cauſa, ex quibus poteſt, veluti *ex cauſa furtiva*, vel *vi mobili re abrepta*.

5) Da die condictio triticiaria keine ganz neue Klage, ſondern nur eine adjectitia qualitas einer andern Hauptklage iſt, ſo nimmt ſie auch die Natur und Wirkung derſelben an. Daher iſt ſie bald nach der Natur der bonae fidei, bald der ſtricti iuris Klagen zu beurtheilen, je nachdem die Hauptklage, mit welcher die ſchuldige Sache ſelbſt zu fordern geweſen wäre, von dieſer oder von jener Art iſt [92]). Es muß nur aber immer

6) eine

90) VOET h. t. §. 1.

91) §. 14 *I. de Actionib.*

92) VOET h. t. §. 2.

6) eine gewiſſe Sache, welche jedoch in keiner beſtimmten Geldſumme beſtehen darf, den Gegenſtand der Verbindlichkeit ausmachen. Denn beſteht derſelbe gleich anfangs in der Leiſtung des Werths einer Sache, ſo findet die condictio triticiaria nicht Statt, weil hier von einer Beſtimmung des Werths nach richterlichem Ermeſſen keine Frage ſeyn kann, ſondern auf denjenigen Werth geklagt wird, welchen die Sache zur Zeit der entſtandenen Forderung hatte, ohne Unterſchied, das Geſchäft ſey bonae fidei, oder ſtricti iuris, der Werth der Sache ſey in der Folge geſtiegen oder gefallen [93]). Folgende Geſetzſtellen werden uns davon überzeugen, welche daher von der condictione triticiaria ſorgfältig zu trennen ſind.

*L. 28. D. de novationib.* Fundum Cornelianum ſtipulatus, *quanti fundus eſt*, poſtea ſtipulor: ſi non novandi animo ſecunda ſtipulatio facta eſt, ceſſat novatio, ſecunda vero ſtipulatio tenet, ex qua non fundus, ſed pecunia debetur. etc. *In altera vero ea aeſtimatio venit, quae ſecundae ſtipulationis tempore fuit.*

*L. 37. D. Mandati.* Hominem certum pro te dari fideiuſſi, et ſolvi. Cum mandati agatur, *aeſtimatio eius ad id potius tempus, quo ſolutus ſit, non quo agatur, referri debet*: et ideo, etiamſi mortuus fuerit, nihilominus utilis ea actio eſt.

Derjenige, welcher für die Lieferung eines gewiſſen Sklaven ſich verbürgt hatte, hatte den Sklaven auch wirklich geſtellt. Hier konnte die Schadloshaltung des Bürgen blos

93) VOET h. t. §. 3. und *van* WACHENDORFF cit. Diſſ. Cap. I. §. 4. et 5.

blos in dem Erſatz des Werths dieſes Sklavens beſtehen. Aber nach welchem Zeitpunkt war nun dieſer Werth zu beſtimmen? Natürlich war hier auf die Zeit zu ſehen, da der Bürge den Sklaven für den Schuldner geliefert hatte. Denn erſt jetzt entſtand ſeine Forderung gegen den Schuldner, gegen welchen auch nun die actio mandati begründet war.

## §. 844.

### Auf welchen Zeitpunct hat der Richter bey Schätzung der Sache zu ſehen? In wiefern kommt der Ort in Betrachtung?

Da die condictio triticiaria auf den Werth der ſchuldigen Sache geht, ſo kommt es nun bey dieſer Klage hauptſächlich auf den Zeitpunkt an, nach welchem der Werth der Sache, welche hätte geleiſtet werden ſollen, zu ſchätzen iſt. Es ſind hier beſonders zwey Geſetzſtellen dieſes Titels merkwürdig, welche einander aber ſo entgegen ſtreiten, daß ſie uns eine Klippe darſtellen, an welcher, wie Cujaz [94]) ſich ausdrückt, faſt noch jeder Richter, jeder Sachwalter, ja faſt jeder Rechtsgelehrte geſcheitert iſt. Wir wollen verſuchen, ob wir den Hafen glücklich zu erreichen im Stande ſind. Dieſe beyden Geſetzſtellen lauten folgendermaſſen.

*L. 3. D. h. t.* In hac actione ſi quaeratur, res, quae petita eſt, cuius temporis aeſtimationem recipiat, verius eſt, quod SERVIUS ait, *condemnationis tempus* ſpectandum. Si vero deſierit eſſe in rebus humanis, *mortis tempus*, ſed ἐν πλάτει, ſecundum CELSUM erit ſpectandum. Non enim debet noviſſimum vitae tempus



94) Tract. ad Africanum VIII. ad L. 37. D. Mandati.

aeſtimari: ne ad exiguum pretium aeſtimatio redigatur in ſervo forte mortifere vulnerato. In utroque autem, ſi poſt moram deterior res facta ſit, MARCELLUS ſcribit lib. 20. habendam aeſtimationem, *quanto*[95]) *deterior res facta ſit.* Et ideo, ſi quis poſt moram ſervum eluſcatum dederit, nec liberari eum. *Quare ad tempus morae in his erit reducenda aeſtimatio.*

*L.* 4 *D. eodem.* Si merx aliqua, quae certo die dari debebat, petita ſit, veluti vinum, oleum, frumentum: *tanti litem aeſtimandam*, CASSIUS ait, *quanti fuiſſet eo die, quo dari debuit.* Si de die nihil convenit, quanti tunc, *cum iudicium acciperetur.* Idemque iuris in loco eſſe: ut primum aeſtimatio ſumatur eius loci, quo dari debuit: ſi de loco nihil convenit, is locus ſpectetur, quo peteretur. Quod de caeteris rebus iuris eſt.

Man erſtaunet, wie verſchieden hier die Meinungen der Rechtsausleger ſind, um dieſe beyden Fragmente des **Ulpians** und **Cajus** mit einander zu vereinigen, wenn man die Schriften und Commentare eines **Cujaz** [96]), **Voet** [97]), **Donell's** [98]), **Anton Fabers** [99]), **Wilh. Bar=**

95) Unſer Erlang. Pandecten=Codex lieſet hier richtiger *quanti*, womit auch Haloander übereinſtimmt.

96) Comm. ad L. 59. D. de Verb. Obligat. et Tract. VIII. ad Africanum L. 37. D. Mandati.

97) Comment. ad Pand. h. t. §. 3.

98) Commentar. ad h. Tit. et LL. citt.

99) Conjecturar. iur. civ. Lib. XVI. cap. I. ſqq. et de Errorib. Pragmaticor. Dec. XVI. Err. I. ſqq. Dec. LXXXIII. et LXXXV. Dec. LXXXVIII. Err. 9. ſqq. Dec. LXXXIX. Err. 1 — 3. et ad Codic. Lib. IV. Tit. 2.

Barclay[100]), Merill's [1]), Lyclama van Nyeholt [2]), Vinnius [3]), Charondas[4]), Maſius[5]), Joh. Matth. Magnus[6]), Barthol. Cheſius [7]), van Wachendorff [8]), Cocceji [9]), Weſtenberg [10]), Schulting [11]), Julius Pacius [12]), Johann Strauch [13]), Ulrich Huber [14]), Johann Heinrich Berger [15]), Arnold



100) Comm. ad L. 22. D. de reb. credit. (in *Theſ. iuris Rom. Otton.* T. III. pag. 867. ſqq.)

1) Obſervation. Lib. III. cap. 34. et in Comm. ad L 22. D. de reb. credit. (Tom. III. *Theſ. Otton.* pag. 677.)

2) De ineunda rei aeſtimatione, lib. Commentar. ad L. 22. D. reb. credit. *Leoverdiae 1644.* 12.

3) Select. iuris Quaeſtion. Lib. I. cap. 37.

4) Πειθανῶν ſ. Veriſimil. Lib. I. cap. 12. (in *Theſ. Otton.* T. I. pag. 710.)

5) Tract. de rei debitae aeſtimatione Part. III — V.

6) Ration. et Different. iuris civ. Lib. II. cap. 13. (in *Theſ. Meerman.* Tom. III. pag. 315. ſqq.)

7) Different. iuris. Cap. 49. et 50. (in *Iurisprud. Rom. et Attic.* Tom. II. pag. 771. ſqq.)

8) Diſſ. cit. Cap. 2. §. 8. ſqq. in *Triad.* pag. 260. ſqq.

9) Iur. civ. controv. h. t. Qu. 2.

10) Princip. iur. ſec. ord. Dig. Lib. XII. Tit. I. §. 45 — 48.

11) Theſ. controv. Dec. XLVI. Th. 3. et 4.

12) Εναντιοφαν. ſ. Legg. Conciliatar. Centur. III. Qu. 72.

13) Diſſertat. cit. Cap. III. Sect. II. §. 4. ſqq.

14) Praelect. ad Pand. h. t. §. 3. ſqq.

15) Diſſ. An in contractibus rerum fungibilium ex tempore morae praeſtanda ſit aeſtimatio maxima. *Vitemb. 1703.*

Alex. Pagenſtecher [16], Fried. Eſaias von Pufendorf [17] und Emminghaus [18] mit einander vergleicht. Alle die verſchiedenen Erklärungen dieſer Rechtsgelehrten hier darzuſtellen, und jede zu prüfen, würde meine Leſer ermüden. Die Sache läßt ſich weit beſſer ins Licht ſetzen, wenn wir die verſchiedenen in beyden Fragmenten enthaltenen Fälle von einander abſondern, und blos bey den einzelnen Fällen die abweichenden Ideen anderer berühren. Vor allen Dingen iſt jedoch zu bemerken, daß hier von einer ſolchen Schätzung die Rede ſey, welche nach dem gemeinen Werth officio iudicis geſchiehet. Denn nur bey dieſer läßt ſich ein gewiſſer Zeitpunkt zum Maasſtabe annehmen. Wir ſchließen alſo hier den Fall aus, wo der Werth einer Sache durch den Eid des Klägers beſtimmt wird. Denn da in den Fällen, wo das iuramentum in litem Statt findet, der Kläger die ihm ſchuldige Sache nach ſeiner Affection und Willkühr ſchätzen kann, ohne gerade auf den Marktpreiß beſchränkt zu ſeyn [19]; ſo läßt ſich hier kein gewiſſer Zeitpunkt annehmen, wonach der Preiß beſtimmt werden könnte. Mit Recht ſagt daher Huber [20]: Quando veram dicimus aeſtimationem peti, excludimus ab hoc quaeſito eam, quae fit per iusiurandum in litem, quae non ſecundum veritatem, ſed pro affectione iurantis inſtituitur, et quae, cum in infinitum extendi queat, nulla temporis aut modi limitatione reſtringi pati-

16) Sicilim. ad *Lauterbachium.* Manip. IV.

17) Obſervation. iuris univ. Tom. II. Obſ. 41. §. 14.

18) Ad *Cocceji* ius civ. controv. h. t. Qu. 2. not. r.

19) *L. 1. L. 4. §. 2. L. 8. D. de in litem iur.*

20) Praelect. ad Pand. h. t. §. 4.

patitur; nec, etſi moderatio iudicis accedere poſſit, ea ex actis et probatis certo tempore vel modo usquam reſtricta legitur, ſed eius prudentiae committitur. Viele ſind zwar dennoch anderer Meinung, und glauben, daß auch ſelbſt in dem Falle, da der Werth der Sache durch den Eid des Klägers zu beſtimmen iſt, ein gewiſſer Zeitpunkt zum Maasſtabe anzunehmen ſey, und zwar ſoll dieſer nach einigen [21]) die Zeit der Verurtheilung ſeyn, andere [22]) hingegen wollen einen Unterſchied gemacht wiſſen, ob von bonae fidei oder ſtricti iuris Klagen die Rede ſey. In dem erſten Falle ſoll das tempus rei iudicatae der Zeitpunct ſeyn, bis zu welchem die Affection ſteigen kann, welche der Kläger eidlich zu erhärten im Stande iſt; in dem letztern aber ſolle der Kläger bey der eidlichen Beſtimmung des Werths der Sache an das tempus litis conteſtatae, als den Zeitpunkt, gebunden ſeyn, der nicht überſchritten werden dürfe. Allein beyde Meinungen beruhen auf einer unrichtigen Erklärung jenes bekannten Ausſpruchs des **Ulpians**, welcher bey Gelegenheit der actio commodati *L.* 3. §. 2. *D. Commodati* ſagt: In hac actione, ſicut in caeteris bonae fidei iudiciis, ſimiliter in litem iurabitur: et *rei iudicandae tempus*, quanti



21) *Lud.* CHARONDAS Lib. I. Veriſimil. cap. 12. *Hug.* DONELLUS Comment. ad L. 3. D. h. t. und *Frid. Eſ. a* PUFENDORF, Obſervation. iuris univ. Tom. II. Obſ. 41. §. 14.

22) *Corn. van* ECK Diſſ. de ſeptem damnatis LL. Pandectar. ſ. crucibus ICtorum. Cap. I. §. 3. *Io. Ortw.* WESTENBERG Princip. iuris ſec. ord. Dig. Lib XII. Tit. 1. §. 47. *Arn. Alex.* PAGENSTECHER Sicilim. ad *Lauterbachium* Manip. IV. und *van* WACHENDORF cit. Diſſ. Cap. II. §. 16.

ti res ſit, obſervatur: quamvis in ſtricti [23]) *litis conteſtatae tempus* ſpectetur. Denn offenbar iſt hier von zwey Fällen die Rede, nämlich erſtens, wenn der Werth durch den Eid des Klägers, und zweytens wenn derſelbe officio iudicis beſtimmt wird, wie daraus ganz deutlich erhellet, weil die Geſetze das *quanti res eſt*, dem *iurare in litem* ausdrücklich entgegenſetzen [24]), bey dem letztern aber ein gewiſſer Zeitpunkt zum Maasſtabe der Schätzung darum unmöglich angenommen werden kann, weil die Geſetze dem Kläger *in infinitum* zu ſchwören erlauben [25]). Anton Faber [26]) hat dieſen Irrthum ſchon nach Würden gerügt, und ich hoffe keinen Tadel zu verdienen, wenn ich folgende Erklärung dieſes großen Civiliſten zu der meinigen mache. Quod ait ULPIANUS *d. L.* 3. *§. in hac D. Commodati* proculdubio ſic accipiendum eſt, ut docere velit, duo eſſe in actione commodati, in quibus, ut in caeteris omnibus, ea actio conveniat cum aliis bonae fidei iudiciis: quorum unum illud eſt, quod in ea iuratur in litem, quemadmodum et in aliis, in quibus agit quis ad rem propriam contra doloſum repetendam: Alterum eſt, quod ſi quaeratur de re, quae petitur, non ab actore per iusiurandum in litem, ſed ab ipſo iudice aeſtimanda, quanti re vera ſit, rei iudicandae tempus ſpectatur, ut in caeteris bonae fidei iudiciis

23) So lieſet hier die Florentine. Baudoza hingegen hat in ſtricti iuris iudiciis. Haloander in ſtricti iuris; und unſer Erlanger Pandecten-Codex in ſtrictis iudiciis.

24) *L. 8. D. de in litem iur.*

25) *L. 4. §. 2. D. eodem.*

26) Conjecturar. iuris civ. Lib. XVI. cap. 1. pag. 541.

ciis fieri ſolet, non litis conteſtatae, ut in ſtrictis. In dieſer lebhaften Ueberzeugung wird es daher gewiß Niemand dem großen Rechtsgelehrten verdenken, wenn er an einem andern Ort [27]), wo er ebenfalls vom Würderungseide handelt, ſich auf folgende Art äuſſert: Cum quaerimus de re debita aeſtimanda per *iusiurandum in litem*, ridiculi et inepti ſumus, ſi quaeramus, an huius aut illius temporis rationem haberi oporteat. Fit enim aeſtimatio eiusmodi ex adfectione iurantis, cui ſi indulgere legislator nollet, non eſſet, cur ei iusiurandum deferre deberet.

Dieſes nun vorausgeſchickt, ſo ſind folgende Fälle zu unterſcheiden.

I) Es iſt der Nichterfüllung der Verbindlichkeit keine mora vorausgegangen, ſondern ſie hat vielmehr in einem Dolus oder Culpa des Verpflichteten ihren Grund, oder es iſt ſonſt eine Urſache vorhanden, weshalb die ſchuldige Sache nicht geleiſtet werden konnte, ohne gerade den Schuldner von ſeiner Verbindlichkeit zu befreyen. Hier iſt wieder darauf zu ſehen,

1) ob eine Zeit beſtimmt worden, da die ſchuldige Sache geleiſtet werden ſollte, und dann iſt die Sache nach dem Werthe zu ſchätzen, den ſie zu dieſer Zeit hatte, ohne Unterſchied, die Zeit ſey eine gewiſſe, oder eine ungewiſſe, welche einer Bedingung gleichgeachtet wird. Denn ehe und bevor dieſer Leiſtungstermin eingetreten iſt, kann die Sache nicht gefordert werden. Es iſt auch hier gleichviel, ob ein genus oder eine ſpecies den Gegenſtand der Verbindlichkeit aus-



27) De Errorib. Pragmaticor. P. I. Decad. XVII. Err. 6.

ausmacht. Hierin ſind alle römiſche Rechtsgelehrten einverſtanden. Nicht nur Cajus lehrt dieſes, wenn er *L.* 4. *D. h. t.* ſagt: Si merx aliqua, *quae certo die dari debebat*, petita ſit, veluti vinum, oleum, frumentum: tanti litem aeſtimandam, CASSIUS ait, *quanti fuiſſet eo die, quo dari debuit*; ſondern mit ihm ſtimmen auch Julian, Celſus, Ulpian und Afrikanus, überein, wie aus folgenden Fragmenten erhellet.

*L.* 22. *D. de rebus credit.* Vinum, quod mutuum datum erat, per iudicem petitum eſt: quaeſitum eſt, *cuius temporis aeſtimatio fieret*: utrum cum datum eſſet, an cum litem conteſtatus fuiſſet, an cum res iudicaretur? SABINUS reſpondit, ſi dictum eſſet, *quo tempore redderetur, quanti tunc fuiſſet.*

*L.* 11. *D. de re iudicata.* Si Calendis fieri aliquid ſtipulatus ſum, nempe quandocunque poſt calendas accepto iudicio, tanti aeſtimanda lis eſt, quanti interfuit mea, calendis id fieri: *ex eo enim tempore quicquid aeſtimatur*, *quo* [28]) *noviſſime ſolvi poterit.*

*L.* 59. *D. de Verbor. Obligat.* Quoties *in diem*, vel *ſub conditione* oleum quis ſtipulatur: eius aeſtimationem eo tempore ſpectari oportet, *quo dies obligationis venit*: tunc enim ab eo peti poteſt: *alioquin alias rei captio erit* [29]).

*L.* 22.

28) Die Florentine lieſet hier unrichtig *quod.*

29) Dieſe letzteren Worte haben den Auslegern viele Schwierigkeit verurſacht. Franz Hotoman Quaeſtion. illuſtr. libro Qu. XVI. p. 127. will *alioquin alius rei pactio erit* leſen, und nun dieſen Worten folgenden Sinn beylegen: Wollte man nicht auf den Zeitpunct ſehen, da die Sache vermöge des Contracts gelei-

*L. 22. D. de obligat. et act.* Cum quis *in diem* mercem ſtipulatus, fideiuſſorem accepit: eius temporis aeſtimatio eſt praeſtanda, *quo ſatis accepit.*

Jn

geleiſtet werden ſollte, 'ſondern die Zeit der errichteten Stipulation bey Schätzung der ſchuldigen Sache zum Maasſtabe nehmen, ſo würde der Vertrag auf eine ganz andere Sache gehen, als welche den Gegenſtand der Verbindlichkeit ausmacht. Allein mit Recht verwirft dieſe unzeitige Critic van Wachendorf in Triad. Diſſertation. pag. 268. Er ſelbſt nimmt die Erklärung des Lyclama van Nyeholt an, welcher in ſeinem Tr. de ineunda rei aeſtimatione §. 35 pag. 131. das Wort *alias* in Beziehung auf das vorhergehende tunc durch alio tempore erklärt, und rei captio für acceptio oder adeptio olei nimmt, ſo wie man ſagt captio pignorum, captio honorum. Der Sinn der Worte ſoll alſo nach dieſer Erklärung der ſeyn: Die Schätzung der zu einer gewiſſen Zeit verſprochenen Sache muß nach dem Werthe geſchehen, den ſie zu dieſer Zeit hatte. Denn wollte man einen andern Zeitpunct zum Maasſtabe nehmen, ſo würde das eben ſo viel ſeyn, als wenn man die Sache zu einer andern Zeit fordern wollte, weil der Werth hier an die Stelle der Sache trete. Allein wer fühlt das Gezwungene bey dieſer Erklärung nicht? Das Wort *captio* heißt vielmehr in der Sprache der Klaſſiker ſoviel als fraus, oder deceptio. S. BRISSONIUS de Verbor. Signif. v. *Captio.* Das *rei* kommt auch nicht her von res, ſondern *reus*, und geht auf den Promittenten. Der Sinn der Worte Julians kann alſo wohl kein anderer, als folgender, ſeyn: Wollte man bey Schätzung der ſchuldigen Sache einen andern Zeitpunct annehmen, als den, da die Sache hätte geleiſtet werden ſollen, ſo würde dieſes zuweilen dem Schuldner zu großem Nachtheil gereichen, wenn ſich's nämlich gerade träfe, daß die Sache zur Zeit des eingetretenen Lieferungstermins einen geringern Werth hätte, als zu einer andern. So erklären dieſe Stelle auch *Iac.* CUJACIUS in Commentar. ad Tit. Dig.

de

In dieſer letzten Stelle iſt zwar nicht von dem Schuldner ſelbſt, ſondern von dem Bürgen die Rede. Man glaube indeſſen nicht, als ob bey dem letzteren ein anders Princip Statt finde, als bey dem erſtern. Nach den Worten ſcheint es zwar, als ob bey jenem nicht auf die Zeit der ſchuldigen Leiſtung, ſondern vielmehr der übernommenen Fidejuſſion zu ſehen ſey, beſonders wenn man die Baſiliken [30]) damit vergleicht, in welchen dieſe Stelle folgendermaßen lautet: Εάν τις ἐπὶ φορτίῳ πρασίμῳ λάβῃ ἐγγυητήν, ἐκείνȣ τοῦ καιροῦ ἡ διατίμησις τοῦ φορτίȣ σκοπεῖται, καθ᾽ ὅν ὁ ἐγγυητὴς προσελήφθη. i. e. *Si quis ſuper merce venali fideiuſſorem acceperit, illius temporis aeſtimatio mercis ſpectatur, quo fideiuſſor adſumtus fuit.* Allein dieſe Erklärung würde gegen die bekannteſten Rechtsgrundſätze anſtoſſen, weil es eines Theils in dem Falle, da der Richter den Werth der ſchuldigen Sache beſtimmt, nie auf die Zeit des Contracts ankommt, andern Theils aber die Verbindlichkeit des Bürgen, als eine blos acceſſoriſche, ſich immer nach der Hauptverbindlichkeit des Schuldners richtet. Es iſt deswegen aber nicht nöthig, die Worte des Fragments zu ändern, und mit Anton Faber [31]): *non quo ſatis accepit* zu leſen, oder mit Abraham Wieling [32]) die Worte

de Verb. obligat. h. L. *Hug.* DONELLUS in Comm. ad eund. Tit. et Leg. nr. 9. pag. 239. in fin. und POTHIER in Pandect. Iuſtin. Tom. III. Lib. XLV. Tit. 1. Nr. CIX. not. c. pag. 312.

30) Lib. LII. Tit. 1. Conſt. 21. in *Ger.* MEERMANI *Theſ. iur. civ. et canon.* Tom. V. pag. 99.

31) Conjecturar. Lib. XVI. cap. 10. und de Erroribus. Pragmaticor. Decad. XVI. Err. 7.

32) Ad *Iac.* LABITTI Uſum indicis Pandect. Cap. III. §. 39. not. q. in *Iurisprud. Reſtituta* Tom. II. pag. 69.

te per ellipſin zu erklären, als wenn geſchrieben wäre: *de quo* oder *pro quo ſatis accepit.* Noch weniger kann dieſes Fragment mit Johann Voet [33]), und Wilhelm Maſius [34]) von der Schadloshaltung des Bürgen mittelſt der actio mandati verſtanden werden. Es iſt vielmehr mit Cujaz [35]) und Janus A Coſta, [36]) dem auch van Wachendorf [37]) beyſtimmt, der Fall anzunehmen, wo der Schuldner, nachdem ſchon der Termin zur Leiſtung eingetreten war, morae purgandae cauſa, einen Bürgen geſtellt, und hierdurch eine neue Friſt erwirkt hatte. Da hierdurch eine Novation geſchiehet, ſo kann nun freylich nicht mehr auf die verſtrichene Zeit, ſondern nur auf diejenige geſehen werden, die jetzt dem Schuldner geſtattet worden iſt. Deswegen geſchieht des temporis, quo ſatis accepit creditor, Erwähnung, nicht als ob gerade die Zeit der übernommenen Bürgſchaft den Ausſchlag geben ſollte, ſondern um die Zeit zu bezeichnen, auf welche der Bürge Zahlung zu leiſten verſprochen hat; und dieſe iſt alſo die nämliche Zeit, da der Hauptſchuldner die verſprochene Sache leiſten ſollte, und darnach iſt folglich auch bey dem Bürgen der Werth dieſer Sache zu beſtimmen. Hierauf läuft auch die Interpretation eines Doneau [38]), Barclay

33) Commentar. ad Pand. h. t. §. 3.

34) Tr. de rei debitae aeſtimatione. P. V. cap. 12.

35) Tract. III. ad *Africanum* ad L. 22. D. de obligat. et action.

36) Praelection. ad illuſtrior. quosdam Titulos Locaque ſelecta iur. civ. ad L. 22. D. de O. et A. pag. 137. ſqq.

37) Cit. Triad. Diſſertat. pag. 275.

38) Comm. ad L. 59. D. de Verbor. Oblig. nr. 2. pag. 235. ſq.

clay [39]), Charondas [40]), Lyclama van Nyeholt [41]) und Giphan's [42]) hinaus.

So wären denn alſo in Rückſicht des erſten Falles, wenn nämlich zur Leiſtung der ſchuldigen Sache eine beſtimmte Zeit war feſtgeſetzt worden, faſt die meiſten Ausleger auf meiner Seite. Nur Anton Faber [43]) ſondert ſich durch eine eigene Anſicht von allen andern ab. Dieſer glaubt, erſtens, wenn die geſetzte Zeit ein dies certus iſt, ſo ſey die Sache präcis nach dem Werthe zu ſchätzen, den ſie zu dieſer Zeit hatte, und es komme dann nicht weiter darauf an, der Schuldner möge in mora ſeyn, oder nicht. Iſt aber die Zeit ein dies incertus, ſo unterſcheidet er weiter, ob von bonae fidei oder ſtricti iuris Klagen die Rede iſt; bey den letztern nimmt er den einzigen Zeitpunkt der Litis-Conteſtation zum Maasſtabe der Werthbeſtimmung an, wenn auch übrigens der Beklagte in mora ſich befinden ſollte; bey den erſtern hingegen will er darauf geſehen wiſſen, ob der Nichterfüllung der Verbindlichkeit eine mora vorausgegangen ſey, oder nicht. In jenem Falle ſoll die Zeit der eingetretenen mora oder der Verurtheilung des Beklagten, je nachdem zu dieſer oder jener Zeit der Werth der Sache größer war; in dieſem aber die Zeit der Litis-

39) Comm. ad Tit. P. de reb. credit. ad L. 22. h. T. bey OTTO in *Th. Iur. Rom.* Tom. III. pag. 869.

40) Schol. ad Tit. Pand. de Verb. Obligat. ad L. 59. D. h. T. in *Theſ. Otton.* Tom. I. pag. 829.

41) Tr. de ineunda rei aeſtimat. §. 49.

42) Lectur. Altorphin. ad Tit. Pand. de Obligat. et Action. eiusq. L. 22. pag. 580.

43) Conjecturar. Lib. XVI. cap. 1. ſqq. et locc. ſupr. citt.

Litis-Conteſtation der entſcheidende Zeitpunkt ſeyn, nach welchem die ſchuldige Sache geſchätzt werden müßte. Allein von dieſem Allen enthalten die angeführten Geſetzſtellen nach einer richtigen Erklärung derſelben nichts, bey den erkünſtelten Erklärungen dieſes Rechtsgelehrten will ich mich aber nicht weiter aufhalten, da ſchon Wilhelm Maſius [44]) dieſe Meinung ausführlich widerlegt hat.

2) War kein Termin feſtgeſetzt, ſo ſcheint es mir nach den darüber ſprechenden Geſetzen vor allen Dingen darauf anzukommen,

a) ob ein genus, z. B. Getraide, Wein u. dgl. den Gegenſtand der Verbindlichkeit ausmacht. Hier iſt bey der Beſtimmung des Werthes auf die Zeit zu ſehen, da die ſchuldige Sache gerichtlich oder auſſergerichtlich von dem Gläubiger gefordert wird, und es kommt hier nicht weiter in Betrachtung, ob die Verbindlichkeit des Schuldners durch einen bonae fidei oder ſtricti iuris Contract begründet worden iſt. Der Grund liegt theils in der Natur der Sache, weil es bey fungiblen Sachen nicht darauf ankommt, wie viel die Sache zur Zeit des Contracts gekoſtet hat, ſondern blos die Frage davon iſt, wieviel Geld es braucht, um jetzt eine Sache von der nämlichen Art und Güte anzuſchaffen, als der Schuldner liefern ſollte, aber nicht zu leiſten vermochte; theils ſtimmen auch hierin die Geſetze vollkommen überein. Nicht nur Cajus ſagt *L. ult. D. h. t. Si de die* nihil convenit, quanti tunc, *cum iudicium acciperetur* [45]); ſondern auch Julian lehrt *L.* 22. *D.*

44) Cit. Tract. de rei debitae aeſtimat. Part. III. ſqq.

45) Es bedarf wohl kaum bemerkt zu werden, daß *iudicium accipere* bey dem Beklagten eben das heißt, was *litem conteſtari* bey

*D. de reb. credit.* nach Sabinus das nämliche, wenn er ſagt: Si dictum non eſſet, quo tempore redderetur, quanti tunc, *cum petitum eſſet.* Es iſt auch in beyden Stellen von einem genere debito die Rede. Daß dieſes Princip aber nur dann gilt, wenn auf Seiten des Schuldners noch keine mora vorhanden war, erhellet aus *L. 37. D. Mandati*, wo Afrikan ſagt: In ſtipulatione id tempus ſpectatur, *quo agitur*; niſi forte, aut per promiſſorem ſteterit, quo minus ſua die ſolveret, aut per creditorem, quominus acciperet: *etenim neutri eorum fruſtratio ſua prodeſſe debet.* Es iſt zwar eigentlich in dieſem Geſetz von einer ſpecies debita die Rede, nämlich von einem homine certo. Allein der angeführte Grund, daß Niemand aus ſeiner mora Nutzen ziehen dürfe, iſt allgemein, und lehrt uns, daß hier ſchlechterdings der Fall des Verzugs auszuſchließen ſey. Man möchte zwar einwenden, daß der Verpflichtete eben dadurch, wenn er zur Erfüllung ſeiner Verbindlichkeit aufgefordert wird, in mora verſetzt werde. Ja Papinian lehre ausdrücklich *L. 3. pr. D. de Uſur.* Quod non facile evenire poſſit, ut, *mora non praecedente*, perveniatur ad iudicem. Allein daß deswegen doch nicht immer den Schuldner der Vorwurf eines Verzugs treffe, wenn er ſich verklagen läßt, ſagen klare Geſetze [46]). Denn ſo lange der Schuldner nicht überzeugt iſt,

bey dem Kläger. S. meine Opuſcula Faſcic. II. pag. 374. not. 84. In den *Baſilic.* Tom. III. pag. 572. heißt es ausdrücklich: πρὸς τὸν καιρὸν τῆς προκατάρξεως, i. e. *ad tempus litis conteſtatae.*

46) *L. 21. 22. 23. pr. L. 24. et 47. D. de Uſur. L. 63. et 99. D. de div. reg. iuris.*

iſt, oder nicht in den Rechten angenommen wird, er ſey überzeugt, daß er etwas zu leiſten habe, ſo lange darf er darüber Proceß führen [47]). Nur dann wird der Schuldner durch eine von dem Gläubiger geſchehene Interpellation in mora verſetzt, wenn man ſagen kann, der interpellirte Debitor wolle lieber ſtreiten, d. h. einen nach ſeiner eigenen Ueberzeugung faulen Proceß führen, als ſeine Verbindlichkeit erfüllen [48]). Daß hingegen bey der Beſtimmung des Werths ein Unterſchied zu machen ſey, ob ein genus oder eine ſpecies den Gegenſtand der Verbindlichkeit ausmache, wird die Folge lehren. Es ſcheinen zwar die letztern Worte der *L.* 4. *D. h. t.* zu widerſtreiten, welche ſo lauten: *Quod et de caeteris rebus iuris eſt.* Allein Cajus redet da, wo er ſich dieſer Worte bedient, nicht mehr von der Zeit, ſondern von dem Orte, auf welchen bey der Beſtimmung des Werths einer ſchuldigen Sache zu ſehen ſey, wie auch ſchon Maſius [49]) ſehr richtig bemerkt hat, ut proinde *Caius* velit, wie ſich dieſer Rechtsgelehrte ausdrückt, quod non ſolum in merce ſpectari debeat locus, quo dari debuit, vel quo peteretur, ſi de loco nihil conveniſſet, ſed etiam in caeteris rebus. Quare cum diverſus ſit tractatus, cuius temporis aeſtimatio ſpectanda ſit, a loci aeſtimatione, conſequens ſit, clauſulam, quam in loci aeſtimatione *Caius* obtinere

47) *L.* 79. *pr. D. de iudic.* *L.* 40. *pr. D. de heredit. petit.* Schöman's Fragmente aus ſeinen civiliſt. u. crim. Vorleſungen. I. §. 13. S. 42. f.

48) *L.* 82. §. 1. *D. de Verb. Oblig.*

49) Tr. de rei debitae aeſtimat. P. III. cap. 8. nr. 4. pag. 139.

re voluit, non eſſe ad temporis aeſtimationem extendendam.

Noch muß ich, ehe ich zu einem andern Falle übergehe, einer beſondern Meinung gedenken, welche Pagenſtecher [50] und Berger [51]) zu vertheidigen ſuchen. Dieſe behaupten nämlich, wenn kein Leiſtungstermin feſtgeſetzt worden, auch der Schuldner nicht in mora ſey, ſo müſſe auf die Zeit des Contracts geſehen werden. Allein aus den Geſetzen läßt ſich dieſe Meinung nicht vollkommen rechtfertigen. Denn das Gutachten des Pomponius in der *L.* 3. *D. de rebus creditis*, worauf man ſich beruft, gehört gar nicht hierher. Es iſt darin von der Reſtitution eines Darlehns die Rede. Dieſe muß freylich in derſelben Art und Güte geſchehen, in welcher der Schuldner das Darlehn empfangen hat, der Werth mag unterdeſſen geſtiegen oder gefallen ſeyn. Dies kann hier nicht in Betrachtung kommen. Ganz anders hingegen verhält es ſich, wenn von der Vergütung des Werths einer ſchuldigen Sache die Rede iſt. Dieſer ſteigt und fällt nach Verſchiedenheit der Zeit, ohne daß die Güte der Sache dadurch verändert wird. Da nun die Sache im Darlehn conſumirt wird, ſo muß bey deſſen Wiedererſtattung nothwendig auf die Zeit des Contracts geſehen werden, um zu beſtimmen, in welcher Art und Güte daſſelbe zu reſtituiren ſey. Eben ſo wenig beweißt der Ausſpruch Ulpians in *L.* 41. §. 1. *D. de Verbor. obligat.* wo er ſagt: Quoties in obligationibus dies non ponitur, praeſenti die pecunia debetur. Es erhellet zwar daraus, daß der Gläubiger die ſchuldige Sache ſogleich

50) Sicilim. ad *Lauterbach.* Manip. IV.

51) Cit. Diſſ. §. 19. ſqq. Vol. II. *Selectar. Diſſertation.* p. 1492. ſqq.

ſogleich zu fordern berechtiget ſey, wenn kein Zahlungstermin beſtimmt iſt; allein daß bey der Beſtimmung des Werths derſelben blos auf das tempus contractus zu ſehen ſey, iſt daraus nicht erweislich [52]. Noch weniger gehört endlich die *L.* 60. *D. de V. O.* hierher, wo Ulpian ſagt: Idem erit, et ſi Capuae centum olei pondo dari quis ſtipulatus ſit, nam eius temporis ſit aeſtimatio, cum peti poteſt: peti autem poteſt, quo primum in locum pervenire potuit. Denn hier iſt von keiner obligatio pura die Rede, ſondern von einem ſtricti iuris Contract, dem durch Uebereinkunft der Partheyen ein dies incertus ſtillſchweigend iſt beygefügt worden [53]. Dies iſt unter andern der Fall, wenn ein Lieferungsort beſtimmt worden iſt. Denn hierin liegt die ſtillſchweigende Uebereinkunft der Partheyen, daß die Sache in der Zeit geliefert werden ſoll, da es möglich ſeyn wird, ſie an den beſtimmten Ort hinzubringen. Juſtinian lehrt dieſes mit ausdrücklichen Worten §. 5. *I. Verb. Obl.* wo er ſagt: Loca etiam inſeri ſtipulationi ſolent: veluti, Carthagine dare ſpondes? *Quae ſtipulatio, licet pure fieri videatur, tamen re ipſa* (ſc. ex loco ad dandum conſtituto) *habet tempus iniectum, quo promiſſor utatur ad pecuniam Carthagine dandam.* Et ideo, ſi quis Romae ita ſtipuletur, hodie Carthagine dare ſpondes? inutilis erit ſtipulatio; cum impoſſibilis ſit repromiſſio. Kein Wunder, wenn nun auch bey Beſtimmung des Werths der Sache

 auf

52) S. *van* WACHENDORFF cit. Diſſ. Cap. II. §. 11. in *Triad.* pag. 294.

53) DONELLUS in Comm. ad Tit. D. de Verb. Obligat. ad L. 41. h. t. nr. 5 — 8.

auf dieſe von den Partheyen ſtillſchweigend beygefügte Zeit Rückſicht genommen werden ſoll.

b) Iſt die ſchuldige Sache eine Species, ſo iſt wieder zu unterſcheiden.

α) Die Verbindlichkeit entſtand aus einem *ſtricti iuris* Contract. Auch hier ſoll nach dem Ausſpruch eines **Ulpianus, Afrikanus** und **Papinians** auf den Werth geſehen werden, welchen die Sache zu der Zeit hat, da ſie gefordert oder lis conteſtirt wird. Meliore vel deteriore facto ſine culpa debitoris poſtea fundo, ſagt **Papinian** *L.* 28. *D. de novat.* praeſens aeſtimatio, fundo petito, recte conſideretur; und **Afrikan**, welcher von einem ſolchen Falle handelt, wo ein homo certus den Gegenſtand der Verbindlichkeit ausmachte, auf deſſen Werthbeſtimmung es ankam, giebt die Regel *L.* 37. *D. Mandati*: In ſtipulatione id tempus ſpectatur, *quo agitur*, und dieſes beſtätiget noch inſonderheit **Ulpian** *L.* 3. §. 2. *D. Commodati*, wenn er ſagt: Quanti res ſit, in ſtrictis iudiciis *litis conteſtatae tempus* ſpectetur. Der Grund hiervon liegt, wie Cujaz [54]) mit Recht bemerkt, in der eigenen Natur der ſtricti iuris Klagen, von welcher ich ſchon an einem andern Orte [55]) gehandelt habe.

β) Rührt hingegen die Verbindlichkeit aus einem bonae fidei Geſchäft her, ſo ſieht man auf die Zeit, da der Beklagte verurtheilt wird. Der Ausſpruch **Ulpians** *L.* 3. §. 2. D. *Commodati*: In bonae fidei iudiciis *rei iudicandae tempus*, quanti res ſit, obſervatur, läßt hierüber keinen

54) Comm. ad L. 59. D. de Verb. Obligat. ad verb. *Rei.*

55) S. den 4. Th. dieſes Commentars §. 310. S. 251. ff.

keinen Zweifel übrig. Wäre jedoch die Sache zu Grunde gegangen, ſo kommt es auf den Werth an, den ſie zur Zeit ihres Untergangs hatte, weil hier der Richter die Sache, welche zur Zeit der Verurtheilung nicht mehr exiſtirt, auch nicht zu ſchätzen im Stande iſt. Es läßt ſich dieſes auch aus den Werten des Ulpians *L.* 3. *D. h. t.* ſchlieſſen, wo er ſagt: Si vero deſierit eſſe in rebus humanis, *mortis tempus* erit ſpectandum. Es verſteht ſich jedoch, daß der Verpflichtete an dem Untergange der Sache Schuld ſeyn müſſe. Pomponius bemerkt dieſes auch ausdrücklich, wenn er *L.* 23. *D. de Verb. Obl.* ſagt: Si ex legati cauſa, aut ex ſtipulatu hominem certum mihi debeas: non aliter poſt mortem eius tenearis mihi, *quam ſi per te ſteterit, quominus, vivo eo, eum mihi dares:* quod ita fit, ſi aut interpellatus non dediſti, *aut occidiſti eum.* Den Grund dieſes Unterſchiedes zwiſchen bonae fidei und ſtricti iuris Geſchäften erklärt Joh. Matth. Magnus (eigentlich LE GRAND) [56]) auf folgende Art ſehr gründlich. Ratio differentiae ſtrictorum et bonae fidei iudiciorum, ſagt dieſer Rechtsgelehrte, haec eſt, quod in illis ſtricta petitio eſt, et ſuper ea petitione litis conteſtatio, et ex ea obligatio itidem ſtricta: et partes iudicis ſtrictae, *an verum ſit deberi:* et deberi eo ipſo die, *quo petitur.* In his autem mitius agitur, nec ſtrictum quid petitur: ſed illud tantum, *quanti aequum eſt condemnari reum.* In illis petitur, quantum paruerit deberi, in his, quanti aequum eſt damnari. In illis ſententiae



56) Ration. et Differentiar. iuris civ. Lib. II. cap. 14. bey MEERMAN Tom. III. pag. 317.

tentiae quantitas ab obligatione, in his obligatio et petitio ab ipſa ſententia modum accipit.

II. Iſt ein Verzug vorhanden, ſo war entweder

1) der Schuldner in mora praeſtandi. Hier muß der höchſte Werth erſtattet werden, den die ſchuldige Sache vom Anfange des Verzugs bis zur Verurtheilung des Schuldners hatte, und es kommt weiter nichts darauf an, die Verbindlichkeit zur Leiſtung rühre aus einer erlaubten oder unerlaubten Handlung des Verpflichteten, aus einem bonae fidei oder ſtricti iuris Geſchäft her [57]. Zur Ueberzeugung werden folgende Geſetzſtellen genügen.

a) *L.* 3. *D. h. t.* In hac actione, ſi quaeratur, res, quae petita eſt, cuius temporis aeſtimationem recipiat, verius eſt, quod SERVIUS ait, *condemnationis tempus* ſpectandum. — Si *poſt moram* deterior res facta ſit etc. — quare *ad tempus morae in his erit reducenda aeſtimatio.*

b) *L.* 8. §. 1. *D. de condictione furt.* Si ex cauſa furtiva res condicatur, cuius temporis aeſtimatio fiat, quaeritur? Placet tamen, id tempus ſpectandum, *quo res unquam plurimi fuit:* maxime, cum deteriorem rem factam fur dando non liberatur. *Semper enim moram fur facere videtur.*

Die-

57) STRAUCH Diſſ. de condict. tritic. Cap. III. Sect. II. §. 9. ſqq. PAGENSTECHER Sicilim. ad *Lauterbach.* Manip. IV. STRUV Synt. iuris civ. Exercit. XVIII. Th. 64. BERGER Diſſ. an in contract. rer. fungibil. ex tempore morae praeſtanda ſit aeſtimatio maxima? §. 21. ſqq. *van* WACHENDORFF cit. Diſſ. Cap. II. §. 15. und HUFELAND Lehrbuch des Civilrechts. I. B. §. 349.

Dieſes Fragment iſt eben ſo, wie die vorhergehende *L.* 3. *h. t.* aus **Ulpians** *libro* 27. *ad Edictum* genommen, und ſteht mit derſelben in der genaueſten Verbindung. **Ulpian** ſtellt hier den Grundſatz auf, der Dieb müſſe den höchſten Werth der geſtohlnen Sache erſetzen, wenn er die Sache ſelbſt nicht unverletzt zurück zu geben vermag. Etwa als Ausnahme von der Regel? darum weil er Dieb iſt? Nein! ſondern weil der Dieb von dem Augenblick des begangenen Diebſtahls an, auch ohne Aufforderung, in mora iſt. Alſo dem Verzuge wird die Folge zugeeignet, daß dadurch der Werth der ſchuldigen Sache erhöht wird. Es iſt daher ganz unrichtig, wenn mehrere Rechtsgelehrten [58]) dieſe Stelle blos auf eine ſolche mora beſchränken wollen, welche durch einen Dolus oder Delict entſtanden iſt. Die Geſetze ſtellen vielmehr hierin beyde, den Dieb, und jeden andern moroſen Schuldner einander gleich, wie uns **Paulus** [59]) lehrt; und es paßt auch der Grund, den **Celſus** [60]) anführt: *Ridiculum eſſe, meliorem furis conditionem eſſe propter continuationem furti* (d. i. wegen der Zögerung in Erfüllung ſeiner Verbindlichkeit zur Reſtitution der Sache) auf jeden andern ſäumigen Schuldner vollkommen [61]).



58) *Ant.* FABER de Errorib. Pragmaticor. Decad. LXXXIV. Err. 8. unter den neuern beſonders *Ad. Ignat.* TURIN Diſſ. de aeſtimatione quanti plurimi. *Erfordiae* 1775. §. 8. ſqq. et §. ult.

59) *L.* 83. §. 7. *D. de Verb. Obligat.*

60) *L.* 67. §. 2. *D. de furtis.*

61) S. *van* WACHENDORFF Diſſ. de condict. triticiaria Cap. II. §. 15. und *Chriſt. Wilh.* WEHRN Doctrina iuris explicatrix principior. et cauſar. damni praeſtandi. Cap. VI. §. 70.

c) *L.* 3. §. 3. *D. de actionib. emti et vend.* Si per venditorem vini *mora fuerit*, *quominus traderet*, condemnari eum oportet, *utro tempore pluris vinum fuit*, vel quo venit [62]), vel quo lis in condemnationem deducitur [63]).

d) *L* 21. §. 3. *D. eodem.* Cum per venditorem *ſteterit*, *quo minus rem tradat*, omnis utilitas emtoris in aeſtimationem venit, quae modo circa ipſam rem conſiſtit. Neque enim, ſi potuit ex vino puta negotiari, et lucrum facere, id aeſtimandum eſt, non magis quam ſi triticum emerit, et ob eam rem, quod non ſit traditum, familia eius fame laboraverit: nam pretium tritici, non ſervorum fame necatorum, conſequitur. Nec maior fit obligatio, quod tardius agitur, quamvis creſcat, ſi vinum hodie pluris ſit. Merito: quia ſive datum eſſet, haberem emtor, ſive non: quoniam ſaltem

62) Die meiſten Rechtsgelehrten wollen unter dieſem Ausdruck die Zeit des geſchloſſenen Contracts verſtehen. Allein dazu iſt keine Nothwendigkeit vorhanden. Richtiger erklärt ſie DONELLUS in Commentar. ad L. 22. D. de reb. credit. nr. 12. von der Zeit, da der Wein vermöge des Contracts übergeben werden ſollte. Auf gleiche Art nennt Pomponius den Ort der Uebergabe gleich nachher *locum, quo venit.* S. *van* WACHENDORFF cit. Diſſ. Cap. I. §. 6. in *Triade Diſſertation.* pag. 224. ſq.

63 Unrichtig verſteht LYCLAMA *van* NYEHOLT de ineunda rei aeſtimatione §. 68. pag. 332. ſq. dieſe Worte von der Zeit der Litisconteſtation. Offenbar ſoll dadurch die Zeit der richterlichen Verurtheilung angezeigt werden, wie *van* WACHENDORFF cit. loc. pag. 227. deutlich dargethan hat.

ſaltem hodie dandum eſt, quod iam olim dari oportuit [64]).

Die Regel, daß bey vorhandenem Verzuge der höchſte Preiß einer ſchuldigen Sache, den ſie vom Anfange des Verzugs bis zur richterlichen Verurtheilung des Schuldners hatte, zu vergüten ſey, leidet jedoch in dem Falle eine Ausnahme, wenn die Sache eine Species iſt, und dieſe vor der richterlichen Sentenz zu Grunde gegangen, oder deteriorirt worden iſt. Denn da hier der Schuldner theils ſeine Verbindlichkeit gar nicht mehr erfüllen kann, theils nicht gehörig erfüllen würde, wenn er die deteriorirte Sache dem Gläubiger geben wollte [65]); ſo kann erſter den höchſten Werth zu bezahlen verurtheilt werden, den die Sache vom Anfange des Verzugs an bis zu ihrem Untergange, oder Verſchlechterung hatte. Daß hier nicht auf die Zeit der Verurtheilung geſehen werden kann, hat ſeinen ganz natürlichen Grund, weil der Werth einer Sache, welche zu Grunde gegangen oder deteriorirt worden iſt, nicht mehr ſteigen kann. **Ulpian** beſtätiget dieſes auch ausdrücklich, wenn er *L. 3. D. h. t.* ſagt: Si vero deſierit eſſe in rebus humanis, mortis tempus, ſed ἐν πλάτει [66]), ſecun-

64) Haloander lieſet hier: quia ſi datum eſſet, hoc haberet emtor: quoniam vero non dedit, ſaltem hodie dandum eſt, quod iam olim dari oportuit.

65) *L. 84. §. 4. in fin. D. de Legat. I. L. 33. §. 1. D. de Solut.*

66) Der Ausdruck ἐν πλάτει kommt öfters in den römiſchen Geſetzen vor. *L. 28. D. de probat. L. 13. D. de Solut. L. 12. §. 2. D. Rem ratam haberi.* In der letzten Stelle heißt es: Hoc autem ἐν πλάτει, id eſt, cum laxamento et amplitudine accipiendum, et cum ſpatio quodam temporis, nec minimo, nec

ſecundum CELSUM, erit ſpectandum. Non enim debet noviſſimum vitae tempus aeſtimari: ne ad exiguum pretium aeſtimatio redigatur in ſervo forte mortifere vulnerato. In utroque autem, *ſi poſt moram deterior res facta ſit*, MARCELLUS ſcribit libro 20. habendam aeſtimationem, *quanto deterior res facta ſit.* Et ideo, ſi quis *poſt moram* ſervum eluſcatum dederit, nec liberari eum. *Quare ad tempus morae in his erit reducenda aeſtimatio.* Da übrigens das Geſetz in Abſicht auf die Beſtimmung des Werths keinen Unterſchied macht, ob die mora des Schuldners ex re oder durch Interpellation entſtanden ſey; ſo hat es wohl an ſich keinen Zweifel, daß einer auch nur durch eine auſſergerichtliche Interpellation entſtandenen mora eben die Wirkung, wie einer gerichtlichen, beyzulegen ſey. **Lyclama van Nyeholt** [67]) iſt zwar anderer Meinung, allein ohne hinlänglichen Grund. Denn nirgends erfordern die Geſetze eine gerichtliche Interpellation, wenn jene Wirkung des Verzugs eintreten ſoll. Vielmehr ſagt **Marcian** [68]) ganz allgemein: *Mora* fieri intelligitur non ex re, ſed *ex perſona*: id eſt, *ſi interpellatus opportuno loco non ſolverit.* Quod apud iudicem examinabitur. Nam difficilis eſt huius rei definitio. DIVUS quoque PIUS reſcripſit: an mora facta intelligatur, neque conſtitutione ulla, neque iuris auctorum quaeſtione decidi poſſe, cum ſit magis facti, quam iuris. Auch

nec maximo, et quod magis intellectu percipi, quam elocutione exprimi poſſit. S. *Iac.* CURTII Εἰκαςῶν Lib. I. cap. 18. (in *Theſ. Ottonian.* Tom. V. pag. 112.).

67) De ineunda rei aeſtimatione. §. 56.

68) *L. 32. pr. D. de Uſur.*

Auch Pomponius [69]) ſtimmt damit überein, wenn er ſagt: Si ex legati cauſa, aut ex ſtipulatu hominem certum mihi debeas: non aliter poſt mortem eius tenearis mihi, quam ſi per te ſteterit, quominus vivo eo eum mihi dares: quod ita fit, *ſi aut interpellatus non dediſti*, aut occidiſti eum. Und die meiſten neuern Rechtsgelehrten [70]) ſind darin einverſtanden, daß auch wegen einer auſſergerichtlichen mora eine aeſtimatio quanti plurimi Statt habe. Viele behaupten indeſſen, daß auch im Falle einer vorhandenen mora zu Folge der römiſchen Geſetze ein Unterſchied zwiſchen bonae fidei und ſtricti iuris Geſchäften zu machen ſey. Nur bey jenen ſoll die oben angegebene Regel Statt haben; bey den letztern hingegen ſey die Litisconteſtation derjenige Zeitpunct geweſen, bis zu welchem der Richter den höchſten Werth habe beſtimmen können. So lehrt Voet [71]): Quod ſi non aeſtimatio, ſed res principaliter obligatione comprehenſa fuerit, generalem puto regulam ſervandam eſſe, quae inter bonae fidei ac ſtricti iuris iudicia diſtinctionem ponit ac vult, in bonae quidem fidei iudiciis *rei iudicandae* ſeu *iudicatae tempus* obſervandum eſſe, quanti res ſit, ſeu tunc valeat; in iis vero, quae ſtricti iuris ſunt, *tempus litis conteſtatae*: L. 3. §. 2. D. Commod. non eo ſenſu,

69) *L. 23. D. de Verb. obligat.*

70) STRAUCH Diſſ. de condict. tritic. Cap. III. Sect. II. §. 9. et 10. VINNIUS Select. iuris Quaeſt. Lib. I. cap. 39. circ. fin. *de* COCCEJI iur. civ. controv. h. t. Qu. 2. Except. 1. *van* WACHENDORFF cit. Diſſ. Cap. II. §. 13. STRUV Synt. iur. civ. Exercit. XVI. Th. 37. WEHRN Doctr. iuris explicatr. principior. damni praeſtandi. §. 69.

71) Commentar. ad Pand. h. t. §. 3.

ſenſu, quaſi praeciſe illud litis conteſtatae, vel condemnationis tempus, ac nullum aliud antecedens, ſpectandum eſſet; *nam ſi mora praeceſſerit*, dubium non eſt, quin fruſtratio moratori, et non alteri obeſſe debeat; ac propterea, ſi inter moram et litem conteſtatam remve iudicatam res pluris valuerit, quam ipſo litis conteſtatae vel condemnationis momento, reus in id, quanti res plurimi fuit a tempore morae ad tempus litis conteſtatae *in ſtricti iuris*, aut rei iudicatae *in bonae fidei iudiciis*, damnandus foret: *L.* 37. *in fin. D. mandati. L.* 3 *in fin. D. h. t.* ſic ut *tempus morae* ſit veluti terminus, a quo incipit aeſtimationis ratio haberi; et *tempus litis conteſtatae* vel *rei iudicatae* ſit terminus ad quem. Eben ſo lehren **Vinnius**[72]), **Huber**[73]), **Pothier**[74]), **Böhmer**[75]), **Hofacker**[76]) und **Thibaut**[77]). Allein die oben für den Fall eines auf Seiten des Schuldners vorhandenen Verzugs angeführten Geſetze kennen dieſen Unterſchied nicht. Es iſt auch in der That gar kein vernünftiger Grund einzuſehen, warum die mora bey ſtricti iuris Geſchäften eine andere rechtliche Wirkung gehabt haben ſollte, als bey denen, welche bonae fidei ſind. Hierzu kommt, daß **Papinian** *L.* 3. §. 1. *D. de Uſuris* ſagt: In his quoque iudiciis, quae non

72) Selectar. iuris Quaeſtion. Lib. I. cap. 39.

73) Praelect. ad Pand. h. t. §. 7.

74) Pandect. Iuſtinian. Tom. I. Lib. XIX. Tit. 1. Nr. LXXXI. not. a. pag 530.

75) Doctr. de actionib. Sect. II. cap. V. §. 49.

76) Princip. iuris civ. Tom. III. § 1749.

77) Syſt. des Pand. Rechts. 1. B. §. 103.

non ſunt arbitraria, nec bonae fidei, *poſt litem conteſtatam actori cauſa praeſtanda eſt* (ohne Zweifel alſo auch der an die Stelle der Sache tretende Werth) *in eum diem, quo ſententia dicitur.* Noch ausführlicher hat dieſe Meinung ſchon Oſius Aurelius [78]) widerlegt. Nun läßt ſich noch

2) der Fall gedenken, da der Gläubiger in mora accipiendi iſt. Hier kann er nur den geringſten Werth verlangen, den die Sache ſeit ſeiner Zögerung hatte. Pomponius ſagt *L.* 3. §. 4. *D. de actionib. emti venditi.* Quod ſi per emtorem mora fuiſſet, aeſtimari oportet pretium, *quod ſit*, *cum agatur*, *et quo loco minoris ſit*; und Cujaz [79]) begleitet dieſe Stelle mit folgendem Commentar: *Haec Lex indicat, ſi per creditorem mora fuerit, quominus acciperet, utro tempore minoris res fuerit, id tantum canſequetur, ut ſi morae initio minoris fuerit, et pluris litis conteſtatae tempore, referetur aeſtimatio ad tempus morae, non ad tempus litis conteſtatae.* Er ſchließt mit der allgemeinen Bemerkung: *Et haec non tantum ita procedunt in condictione triticaria ex mutuo, vel ex ſtipulatu, ſed etiam ex cauſa furtiva, vel rerum amotarum, et ex alia qualibet cauſa. Conſtat enim ex omni cauſa condictionem triticariam dari.*

Da die Preiſe der Sachen nicht blos nach Verſchiedenheit der Zeiten, ſondern auch der Orte ſehr differiren, ſo iſt bey der Beſtimmung des Werths einer ſchuldigen Sache

78) Diſpunctor ad *Merillium*, ſeu de variantibus *Cujacii* Interpret. Diſpunct. XXII. (in *Theſ. Otton.* Tom. III. pag. 751.)

79) Ad *African.* Tract. VIII. ad L. 37. D. Mandati circa fin.

Sache zugleich auf den Ort zu ſehen; und zwar iſt der Werth entweder nach dem Preiße zu beſtimmen, den die Sache an dem verabredeten Ort der Lieferung, oder den ſie an dem Orte hat, wo darauf geklagt wird. Hierüber iſt kein Streit, da die Geſetze dieſes deutlich beſtimmt haben. Sowohl Julian ſagt *L.* 22. *D. de reb. credit.* Interrogavi, *cuius loci pretium ſequi oporteat*? Reſpondit, ſi conveniſſet, *ut certo loco redderetur*, quanti *eo loco* eſſet: ſi dictum non eſſet, *quanti ubi eſſet petitum*; als auch Cajus *L.* 4. *D. h. t.* Idemque iuris *in loco* eſſe: ut primum aeſtimatio ſumatur eius loci, *quo dari debuit*: ſi de loco nihil convenit, is locus ſpectetur, *quo peteretur*.

Ueber den heutigen Gebrauch der condictio triticiaria ſind die Practiker nicht einig. Einige, unter denen man uns den Mornac, Bachov und Grönewegen nennt, bezweifeln ihn gänzlich, und dieſer Meinung iſt auch Böhmer [80]). Warum? Quia apud nos ſtricti iuris negotia et actiones non dentur. Allein wer ſieht nicht, daß hier eine unrichrige Idee von der Natur dieſer Klage zum Grunde liegt? Den Namen der Klage wird man zwar heutzutage nicht leicht in den Gerichten mehr hören, weil er eigentlich nur Beyſatz einer andern perſönlichen Hauptklage war, und jetzt überhaupt nicht mehr auf die Bezeichnung der Klage durch ein Kunſtwort geſehen wird. Allein deswegen läßt ſich doch der Gebrauch dieſer Klage nicht läugnen, da wegen Nichtleiſtung aller Arten von Sachen, nur beſtimmte Geldſummen ausgenommen, noch jetzt auf den Werth geklagt werden kann, der Beklagte

80) Doctr. de actionib. Sect. II. cap. V. §. 50. et 51.

te ſey in mora, oder nicht [81]); und der Richter muß noch jetzt die nämlichen Grundſätze, welche das römiſche Recht ihm vorſchreibt, bey Schätzung der geklagten Sache anwenden. So urtheilen auch Schilter [82]), Huber [83]), Stryk [84]), Merenda [85]), van Wachendorff [86]), und Leyſer [87]), denen von Cocceji [88]) mit Recht beyſtimmt. Man wendet zwar ein, daß jetzt aus der Natur eines jeden Geſchäfts auf das Intereſſe geklagt werden könne [89]). Allein man überſehe hier nicht, daß Intereſſe und Werth

81) Ein treffendes Beyſpiel, wo es dem Schuldner zuweilen unmöglich iſt, die Sache ſelbſt zu leiſten, ohne deswegen in mora zu ſeyn, und daher der Gläubiger ſich, ſtatt derſelben, den Werth gefallen laſſen muß, enthält *L. 71. §. 3. D. de legat. I.* wo Ulpian ſagt: Qui confitetur, ſe quidem debere, iuſtam autem cauſam adfert, cur utique praeſtare non poſſit, audiendus eſt: utputa, ſi aliena res legata ſit, negetque dominum eam vendere, vel immenſum pretium eius rei petere adfirmet: *aequiſſimum eſt enim, concedi ei ex hac cauſa aeſtimationem officio iudicis praeſtare.* Vergleiche noch damit *L. 11. §. 17. D. de legat. III.*

82) Prax. Iur. Rom. Exercit. XXIV. §. 61.

83) Praelect. ad Pand. h. t. §. 13.

84) Uſ. Mod. Pand. h. t. §. 2.

85) Controverſ. iuris Lib. XIII. cap. 20. nr. 11.

86) Diſſ. de condict. tritic. Cap. II. §. 17.

87) Meditat. ad Pand. Vol. III. Specim. CL. medit. 1 — 3.

88) Iur. civ. controv. h. t. Qu. 11. Man ſehe auch EMMINGHAUS ad *Eundem* not. b. Tom. II. pag. 227.

89) S. THIBAUT Syſt. des Pand. Rechts 1. B. §. 276. a. E.

Werth der Sache von einander zu unterſcheiden ſey [90]). Die Klage kann Statt finden, ohne daß auch nur entfernt von einem Intereſſe die Frage iſt. Man ſetze, es ſey dem Schuldner unmöglich, ein empfangenes Darlehn in gleicher Art und Güte zu reſtituiren. Hier kann nicht condictione certi ex mutuo, ſondern es muß mit der condictione triticiaria auf den nach richterlichem Ermeſſen zu beſtimmenden Werth der Sache geklagt werden [91]). Ein Formular zu dieſer Klage giebt **Schmidt** [92]).

90) *L. 193. D. de Verb. Signif.* Haec verba: *Quanti eam rem paret eſſe*, non ad id, *quod intereſt*, ſed *ad rei aeſtimationem* referuntur.

91) *L. 22. D. de reb. credit.* S. den 12. Th. dieſes Commentars §. 783. S. 91.

92) Lehrbuch von Klagen §. 1393.

Lib. XIII. Tit. IV.

# De eo, quod certo loco dari oportet.

## §. 845.

### Gründe, Begriff, und Urſprung dieſer Condiction.

Die *condictio de eo quod certo loco* ſetzt voraus, daß Jemand Etwas an einem beſtimmten Ort zu geben ſchuldig ſey. Nach der Regel des ſtrengen Rechts darf in dieſem Falle die Leiſtung an keinem andern, als dem verabredeten Ort, wider den Willen des Gläubigers, geſchehen [93]. Es darf aber auch der Schuldner an keinem andern Ort auf die Leiſtung belangt werden [94]. Denn keiner Parthey darf der Vortheil entzogen werden, welcher ihr aus der Leiſtung an dem beſtimmten Ort erwächſt. Dieſer Vortheil kann beſonders bey Waaren und Geldern ſehr erheblich ſeyn, weil die Erfahrung lehrt, daß ſolche nicht überall einen gleichen Werth und Cours haben [95]. Wenn nun

93) *L. 9. D. h. t.* Is, qui certo loco dare promittit, nullo alio loco, quam in quo promiſit, ſolvere invito ſtipulatore poteſt.

94) *L. 1. D. eodem.* Alio loco, quam in quem ſibi dari quisque ſtipulatus eſſet, non videbatur agendi facultas competere.

95) *L. 3. D. eodem.*

nun aber dennoch die ſchuldige Leiſtung an dem beſtimmten Orte nicht erfolgte, es ſey nun, daß der Schuldner ſich daſelbſt nicht einfand, oder der Gläubiger ausblieb; ſo kann die Leiſtung zwar auch an einem andern Orte gefordert werden, jedoch mit Vergütung des dem andern Theil dadurch zugefügten Schadens. Allein mit welcher Klage? Hier iſt nun der Unterſchied ſehr merkwürdig, den das Römiſche Recht zwiſchen zweyſeitigen bonae fidei Contracten, und ſolchen Geſchäften macht, vermöge welcher eigentlich ſonſt nichts gefordert werden dürfte, als was unmittelbar in dem Weſen des Geſchäfts liegt, wofern nicht der Strenge des Rechts durch einen die aus demſelben entſpringende Klage erweiternden Beyſatz könnte abgeholfen werden. In jenem Falle genügt dem Kläger die reine Contractsklage zu ſeinem Zweck. Denn bey ſolchen bonae fidei Geſchäften kann der Richter dem Kläger alles zuerkennen, was nicht nur dem Weſen des Geſchäfts, ſondern auch der Billigkeit gemäß iſt [96]). Daher ſagt Paulus *L. 7. D. h. t.* In bonae fidei iudiciis, etiamſi in contrahendo convenit, *ut certo loco quid praeſtetur*, ex emto vel vendito, vel depoſiti actio competit: non arbitraria actio. In dem letztern Falle hingegen reicht die aus dem Geſchäft entſtehende Klage für ſich zur Befriedigung des Gläubigers nicht hin. Man ſetze z. B. die Zahlung ſey an einem beſtimmten Ort durch Stipulation, oder durch ein conſtitutum verſprochen; oder es ſey Geld auf eine ſolche Art dargeliehen worden, daß die Rückzahlung an einem be-

96) *§. 30. I. de action.* *L. 31. pr. D. Depoſiti.* *L. 11. §. ult. et L. 50. D. de action. emti et venditi.* *L. 54. pr. D. Locati.* *L. 1. D. de Uſur.* *L. 7. D. de negot. geſt.*

beſtimmten Ort geſchehen ſolle; oder ein Teſtirer hätte zur Auszahlung des Vermächtniſſes einen gewiſſen Ort feſtgeſetzt. Nach der Strenge könnte in allen dieſen Fällen nur an dem beſtimmten Zahlungsorte geklagt werden. An einem andern zu klagen, und das Intereſſe des Orts zu verlangen, erlaubt die Natur des Geſchäfts, und der daraus entſtehenden Klage nicht. Der Einrede der plus petitio wäre daher hier nicht auszuweichen. Nach dieſer Strenge würde es denn aber auch dem Schuldner ein leichtes geweſen ſeyn, die Klage des Gläubigers nach Gefallen zu vereiteln. Er dürfte ſich nur an dem Zahlungsorte nie treffen laſſen. Dieſer Unbilligkeit kam man nun dadurch zuvor, daß man dem Gläubiger erlaubte, in ſolchen Fällen den Schuldner auch an einem andern, als dem beſtimmten Zahlungsorte, zu belangen. Es mußte nur der eigentliche Zahlungsort in der Klagformel angegeben, und übrigens dem Arbitrium des Richters überlaſſen werden, das Intereſſe des Orts zu ſchätzen [97]). Hierdurch bekam denn die Hauptklage einen Beyſatz, der ihr den Namen *condictio de eo, quod certo loco* gab. Es verdienen hier folgende Stellen als claſſiſch bemerkt zu werden.

a) §. 33. *I. de actionib.* Loco plus petitur: veluti cum quis id, *quod certo loco ſibi dari ſtipulatus eſt*, alio loco petit, *ſine commemoratione illius loci, in quo ſibi dari ſtipu-*



97) Nach HOTOMANN in Comment. ad §. 30. Inſtit. de actionib. pag. 470. ſoll die Klagformel ſo gelautet haben: *Aio te mihi Epheſi centum dare oportere: ſed hoc loco mihi ſatis erit, quod arbitro videbitur*; das Decret des Prätors aber zur Inſtruction des Richters (formula iudicii) nach BACHOV in Tract. de Actionib.

*ſtipulatus eſt*: verbi gratia, ſi is, qui ita ſtipulatus fuerit, *Epheſi dari ſpondes?* Romae pure intendat ſibi dari oportere. Ideo autem plus petere intelligitur: *quia utilitatem, quam haberet promiſſor, ſi Epheſi ſolveret, adimit ei pura intentione.* Propter quam cauſam, alio loco petenti *arbitraria actio* proponitur: *in qua ſcilicet ratio habetur utilitatis, quae promiſſori competitura fuiſſet, ſi illo loco ſolveret, quo ſe ſoluturum ſpopondit* [98]). Quae utilitas plerumque in mercibus maxima invenitur: veluti vino, oleo, frumento, quae per ſingulas regiones diverſa habent pretia. Sed et pecuniae numeratae non in omnibus regionibus ſub iisdem uſuris foenerantur. Si quis tamen Epheſi petat, id eſt, eo loco petat, quo, ut ſibi detur, ſtipulatus eſt, pura actione recte agit: idque etiam Praetor monſtrat, ſcilicet, quia utilitas ſolvendi ſalva eſt promiſſori.

b) THEOPHILUS in Paraphraſi graeca ad h. §. nach der lateiniſchen Verſion des Wilhelm Otto Reitz: *Loco plus petitio* committitur, veluti ſi, quod mihi debetur *in certo loco* ſolvendum, *in alio loco* petiero, *non facta mentione*

nib. Diſſ. VII. P. II. Th. 1. in fin. *Si paret, Titium decem Epheſi debere, neque in eo loco pecuniam debito tempore ſolviſſe, iudex ex arbitrio tuo condemna.*

98) So leſen Haloander, Baudoza, Hugo a Porta, Hotomann, Vinnius, Charondas u. Baptiſta de Tortis. Allein Cujaz, Otto, und Van de Water, haben die letzten Worte: *quo ſe ſoluturum ſpopondit,* nicht. Sie fehlen auch in der Nürnberger Ausgabe des Anton Kobergers vom Jahr 1486. f.

*mentione loci, in quo mihi debitum ſolvendum erat:* velut in huiusmodi ſpecie; ſic a te ſtipulatus fui, *Spondesne mihi dare Epheſi ſolidos C?* Quantum ex iure civili non poſſum a te alio loco petere, niſi in urbe Epheſo: namque extra Epheſum a te petens, *loco plus peto.* Si enim Romae inveniaris, egoque *pure* tecum agam, id eſt, *mentionem Epheſi haud faciens*, introducitur *plus petitio.* Sed quoniam evenire poterat, ut nunquam a te petere liceret, eo quod Epheſum non venires, atque ego te convenire nequirem, neque Epheſi, quia ibi non invenireris, neque extra Epheſum propter plus petitionem, idcirco Praetor huiusmodi actionem excogitavit: *nam mihi facultatem dedit etiam extra Epheſum degenti adverſus te agere, dum tamen mentionem Epheſi faciam, et plus petitionem effugiam.* Si enim Romae tecum agam, dicens; *Si appareat, adverſarium mihi dare oportere Epheſi ſolidos* C. non videor plus petere; ſi autem pure, id eſt, *mentione Epheſi non facta*, plus petitio introducitur: namque id quod intereſt, et lucrum, quod promiſſor adepturus erat, ſi Epheſi ſolviſſet, illi adimo: fortaſſis enim facilis ei erat Epheſi pecuniae ſolutio, difficillima autem extra Epheſum: neque eum extra Epheſum in C. ſolidos condemnari oportet: nam deducendum eſt tantum ex C. ſolidis, quantum damni facit extra Epheſum ſolvens. Forte enim Romae debitum ſolvere coactus, viginti impendit ſolidos ad comparandam ſibi ſummam, quam mihi dari oportuit: ideoque non in C. ſed in LXXX. condemnatur: quum vero Epheſi mentionem nullam facio in lite, agens extra Epheſum, quoniam id ago, ut in C. condem-

netur ſolidos, (namque pura intentio explorationem eius, quod intereſt, tollit) ea propter plus peto.

c) *L.* 1. *D. h. t.* Alio loco, quam in quem ſibi dari quisque ſtipulatus eſſet, non videbatur agendi facultas competere: ſed quia iniquum erat, ſi promiſſor ad eum locum, in quem daturum ſe promiſiſſet, nunquam accederet, (quod vel data opera faceret, vel quia aliis locis necessario diſtringeretur), non poſſe ſtipulatorem ad ſuum pervenire, ideo viſum eſt, *utilem actionem* in eam rem comparare.

d) *L.* 2. §. 1. *D. eodem.* Haec autem actio ex illa ſtipulatione venit, ubi ſtipulatus ſum a te, *Epheſi decem dari.*

e) *L.* 5. *D. eodem.* Si *heres* a teſtatore iuſſus ſit, *certo loco quid dare*, arbitraria actio competit:

f) *L.* 6. *eod.* Aut *mutua pecunia* ſic data fuerit, *ut certo loco reddatur.*

g) *L.* 16. §. 1. *D. de pecunia conſtit.* Sed et *certo loco* et tempore conſtituere quis poteſt, nec ſolum *eo loci* poſſe eum petere, *ubi ei conſtitutum eſt: ſed, exemplo arbitrariae actionis, ubique poteſt.*

h) *L. un. Cod. Ubi conveniat. qui certo loco dare promiſit.* Qui *certo loco ſeſe ſoluturum pecuniam* obligat, ſi ſolutioni ſatis non fecerit: *arbitraria actione et in alio loco poteſt conveniri*, in qua venit aeſtimatio, quod alterutrius interfuerit, ſuo loco prius, quam in eo, in quo petitur, ſolvi.

Aus

Aus allem ergiebt ſich alſo, daß die *condictio de eo quod certo loco* eben ſo, wie die condictio triticaria, eine actio adiectitiae qualitatis ſey, vermittelſt welcher eine Zahlung, die an einem beſtimmten Ort geſchehen ſollte, auch an einem andern, als dem beſtimmten Ort, jedoch mit Berückſichtigung des Intereſſe, je nachdem ſein oder der andere Theil dadurch verliert, daß die geklagte Zahlung nicht an dem beſtimmten Ort geleiſtet worden, nach richterlichem Ermeßen in einem ſolchen Falle gefordert werden kann, wo die aus dem eingegangenen Geſchäft entſpringende Klage für ſich dazu nicht hinreicht, wenn nämlich der eigentliche Zahlungsort in der Klage angegeben wird [99]. Faſt alle halten dieſe Klage ihrem Urſprung nach für eine prätoriſche, welche ihren Namen von den Anfangsworten des Edicts erhalten haben ſoll; und dieſes Edict glaubt Noodt [100]) aus den Fragmenten unſers Titels auf folgende Art glücklich reſtituirt zu haben: *De eo, quod certo loco dari oportet ex ſtipulatu, ſi alio petatur, facta mentione eius, quo debetur, actionem dabo; ut quanti*



99) Von dieſer Klage handeln vorzüglich *Iac.* CUJACIUS Tract. III. ad *Africanum* ad L. 8. D. h. t. *Hug.* DONELLUS Comm. ad h. Tit. Pand. *Franc.* DUARENUS Commentar. ad eund. Tit. (*Oper.* pag. 924. ſqq.) VOET Comm. ad Pand. h. t. *Ger.* NOODT ad h. Tit. (*Oper.* Tom. II. pag. 305. ſqq.) *Io. Matth.* MAGNUS Ration. et Differentiar. iuris civ. Lib. I. cap. 14—18. (in *Theſ. Meerman.* Tom. III. pag. 280. ſqq.) *Ant.* FABER de Erroribus. Pragmaticor. Dec. XC. et Dec. XCI. Err. 1—6. *Reinh.* BACHOVIUS Tr. de actionib. Disputat. VII. P. II. pag. 81. ſqq. und *Io.* STRAUCH Diſſ. de condictione de eo, quod certo loco dari oportet. *Ienae 1671.*

100) Comm. ad Pand. h. t. pag. 306.

*ea res erit, tanti arbitrio iudicis reſtituetur.* Allein die Klaſſiker gedenken in ihren Fragmenten dieſes Edicts mit keinem Wort. Nur Juſtinian in der oben angeführten Stelle der Inſtitutionen erwähnt bey dieſer Klage den Prätor, und ſein Paraphraſt, Theophilus, will es allein wiſſen, daß der Prätor dieſelbe eingeführt habe.

## §. 846.

Erforderniſſe der *condictio de eo quod certo loco.* Inwiefern findet ſie gegen den Bürgen Statt? *L. 8. D. h. t.*

Um nun noch näher zu beſtimmen, wenn die *condictio de eo quod certo loco* eigentlich Statt habe, ſo iſt Folgendes zu bemerken.

1) Es muß zur Leiſtung einer ſchuldigen Sache ein Zahlungsort ausdrücklich feſtgeſetzt ſeyn. Daher fällt dieſe Klage weg, wenn Jemand in der Meinung, daß er Etwas an einem beſtimmten Ort zu leiſten ſchuldig ſey, eine Nichtſchuld bezahlt hat. Die Zurückforderung kann hier, der irrigen Meinung des Zahlenden ungeachtet, an jedem andern Orte geſchehen, wo ein Gerichtsſtand des Empfängers begründet iſt, ohne daß die condictio indebiti eines weiteren Beyſatzes, wegen des Zahlungsortes, bedarf; wie Paulus lehrt, wenn er *L. 27. D. de condict. indeb.* ſagt: Qui, *loco certo debere exiſtimans*, indebitum ſolvit, *quolibet loco repetet*: non enim exiſtimationem ſolventis eadem ſpecies repetitionis ſequitur [1]).

2) Es

1) S. MAGNUS Ration. et Differentiar. iuris civ. Lib. I. cap. 15. NOODT Comm. ad Dig. h. t. pag. 307. Vergleiche auch den 6. Theil dieſes Commentars und deſſen 2. Abth. §. 516. S. 302. u. f.

2) Es muß an einem andern Ort geklagt werden, als an welchem die Zahlung geſchehen ſollte. Wird alſo an dem beſtimmten Zahlungsorte geklagt, ſo findet die condictio de eo quod c. l. nicht Statt, ſondern es wird die aus dem eingegangenen Geſchäft entſpringende Klage direct angeſtellt, geſetzt auch, daß mehrere Zahlungsorte alternativiſch wären beſtimmt worden. Nur dann, wenn weder an dem einen, noch dem andern Ort, ſondern an einem dritten geklagt wird, iſt die *condictio de eo quod certo loco* nöthig. Hier muß aber dem Schuldner nach Befinden der Umſtände das Intereſſe wegen des Zahlungsorts vergütet werden [2]). War hingegen der Schuldner in mora, ſo verliert er das ihm ſonſt bey alternativen Verbindlichkeiten gebührende Wahlrecht, und es geht ſolches nunmehr auf den Gläubiger über, welcher jetzt nicht nur unter mehreren alternativ beſtimmten Zahlungsorten wählen kann, wo er klagen will, ſondern auch, wenn etwa nach dem Unterſchied der Orte auch die Gegenſtände der Verbindlichkeit alternativiſch wären beſtimmt worden, unter dieſen nothwendig die Wahl haben muß, wenn ſein Klagerecht nicht vereitelt werden ſoll. Es ſind hier folgende Stellen zu bemerken.

a) *L.* 2. §. 2. *D. h. t.* Si quis *Epheſi decem*, aut *Capuae hominem* dari ſtipulatus experiatur, non debet, detracto altero loco, experiri: ne auferat loci utilitatem reo.

b) §. 3.

2) S. VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 4. *Franc.* DUARENUS in Comm. ad h. Tit. Cap. 2. in *Operib.* pag. 924. MAGNUS Ration. et Different. iuris. Lib. I. cap. 16. (Tom. III. *Theſ. Meerman.* pag. 283.) und POTHIER Pandect. Iuſtin. Tom. I. h. Tit. Nr. VIII. not. f. pag. 383.

b) §. 3. *eiusd. L.* 2. *h. t.* SCAEVOLA *libro* 15. *Quaeſtionum* ait, non utique ea, quae tacite inſunt ſtipulationibus, ſemper in rei eſſe poteſtate: ſed quid debeat, eſſe in eius arbitrio; an debeat, non eſſe. Et ideo cum quis [3]) Stichum aut Pamphilum promittit, eligere poſſe, quod ſolvat, quamdiu ambo vivunt: caeterum ubi alter deceſſit, extingui eius electionem; ne ſit in arbitrio eius, an debeat, dum non vult vivum praeſtare, quem ſolum debet. Quare et in propoſito eum, qui promiſit *Epheſi* aut *Capuae*, ſi fuerit in ipſius arbitrio, ubi ab eo petatur, conveniri non potuiſſe: ſemper enim alium locum electurum; ſic evenire, ut ſit in ipſius arbitrio an debeat. Quare putat

3) Die Leſeart iſt hier ſehr verſchieden. In der Florentine heißt es *cum qui*, welches aber keinen rechten Sinn hat. Daher verwandelt Anton Faber in Rational. in Pand. ad h. L. mit Hülfe einer in der florentiniſchen Handſchrift ſehr gewöhnlichen Gemination wegen des Buchſtaben S. mit welchem ſich das folgende Wort anfängt, das qui in *quis*. So leſen auch die Elzeviriſchen Ausgaben. Allein Baudoza, Hugo a Porta, und Gothofredus haben eum, qui, ſtatt *cum quis*. Dieſer Leſeart geben Ruſſard, und Charondas den Vorzug. Unſer Erlanger Pand. Codex hat gar, ſtatt eum, *locum*, und ſchließt damit die vorhergehende Periode, ſo daß mit den Worten: *Qui Stichum* eine neue Periode angeht. Dies giebt aber vollends keinen richtigen Sinn. Haloander weicht von allen andern Leſearten ab. Er lieſet ſo: *et ideo nec locum eſſe*, und ſchließt auch damit die Periode. Die Worte: *Qui Stichum* machen den Anhang der folgenden Periode aus. Die florentiniſche Leſeart nach der Faberſchen Emendation iſt unſtreitig die vorzüglichſte. Bey Ruſſard ſind daher die Worte *qui Stichum* auf folgende Art zuſammengezogen: *quiStichum*.

putat, poſſe ab eo peti altero loco, et ſine loci adjectione. Damus igitur actori electionem petitionis. Et generaliter definit SCAEVOLA, petitorem electionem habere, ubi petat: reum, ubi ſolvat, ſcilicet ante petitionem. Proinde mixta, inquit, rerum alternatio locorum alternationi ex neceſſitate facit actoris electionem et in rem propter locum: alioquin tollis ei actionem, dum vis reſervare reo optionem.

Dem aufmerkſamen Leſer dieſer beyden Stellen kann nicht entgehen, daß die vom **Ulpian** in §. 2. vorgetragene Meinung, mit der des **Scävola** im §. 3. nicht übereinſtimme. Schon die Gloſſatoren waren daher bemüht, dieſen Widerſpruch zu heben. **Rogerius** kam auf die Gedanken, **Ulpian** trage im §. 2. nicht ſeine eigene Meinung, ſondern die Meinung einiger ältern Rechtsgelehrten vor, welche er nachher §. 3. aus **Scävola** widerlege. **Accurſius** hingegen verwarf dieſe Erklärung geradezu als falſch, und ſtellt dagegen den Grundſatz auf, daß auch bey einer alternativen Beſtimmung mehrerer Zahlungsorte dem Schuldner die utilitas loci nicht entzogen werden könne, wenn gleich der Gläubiger nur an einem der genannten Orte klagen ſollte. Nam licet actor, ſagt er, in locis habeat electionem, habet tamen ob hoc ſolum, ne ſit in rei arbitrio, an debeat: non ob hoc, ut reus, in altero loco conventus, alterius loci non praetendat utilitatem. Dies ſcheint ihm der Sinn des §. 2. zu ſeyn, worin alſo nach ſeiner Erklärung **Ulpian** ſeine eigene Meinung vortrage. Die Worte *detracto altero loco* paraphraſirt er daher ſo: detracta utilitate alterius loci, quam haberet reus, ſi ibi ſolveret. Wenn es nun §. 3. heiße: *poſſe*

*ab*

*ab eo peti altero loco et ſine loci adiectione*; ſo wolle dieſes nur ſoviel ſagen, der Schuldner könne bey einer alternativen Beſtimmung mehrerer Zahlungsorte an einem von beyden geradezu belangt werden, und zwar darum, weil er entweder hier oder dort Zahlung zu leiſten verſprochen hat. Allein dagegen hat ſchon **Anton Faber** [4]) ſehr gründlich erinnert, daß es einen offenbaren Widerſpruch enthalte, wenn nach §. 2. dem Kläger die Wahl unter mehreren alternativiſch beſtimmten Orten aus rechtlicher Nothwendigkeit eingeräumt wird, und derſelbe gleichwohl nach §. 1. für ſein Wahlrecht dem Beklagten das Intereſſe des Orts zu vergüten ſchuldig ſeyn ſoll. Unter den neuern Rechtsgelehrten haben viele jene Stellen dadurch zu vereinigen geſucht, daß ſie den §. 2. von dem Falle verſtehen, wenn von mehrern alternativiſch beſtimmten Zahlungsorten weder an dem einen, noch dem andern, ſondern an einem dritten Ort geklagt wird; den §. 3. aber von dem Falle erklären, da der Gläubiger an einem der beſtimmten Zahlungsorte klagt [5]). Allein die Worte: *Quare et in propoſito* in Verbindung mit den letzten Worten des §. 3. beweiſen klar, daß **Ulpian** den im §. 2. vorgetragenen Fall im §. 3. verfolge. Die Erklärung des **Rogerius**, welcher auch **Anton Faber** [6]) und **Gerhard Noodt** [7]) den

4) Rational. in Pand. ad §. 2. L. 2. D. h. t.

5) *Iul.* PACIUS Εναντιοφαν. ſeu Legg. Conciliatar. Centur. IV. Qu. 30. *Fr.* DUARENUS Comm. ad h. T. cap. 2. POTHIER Pandect. Iuſtinian. T. I. h. t. Nr. VIII. not. f. pag. 283. u. a. m.

6) Cit. loc. pag. 463.

7) Commentar. ad Dig. h. t. Tom. II. *Oper.* pag. 308.

den Vorzug geben, iſt daher wohl unſtreitig die richtigſte. **Ulpian** trägt wahrſcheinlich im §. 2. die Meinung einiger ältern Rechtsgelehrten vor, welche behaupteten, daß derjenige, welcher ſich ſtipulirt hätte, es ſolle ihm entweder zu Epheſus eine beſtimmte Summe Geld, oder zu Capua ein Sklave gegeben werden, nicht präcis an dem einen Ort auf Leiſtung deſſen klagen können, was ihm daſelbſt zu geben verſprochen worden iſt; ſondern er müſſe alternativ klagen, ſo wie es die Stipulationsformel mit ſich bringe, damit dem Schuldner nicht der Vortheil in Anſehung des Zahlungsortes benommen werde. Daß der §. 2. wirklich nur eine bloße Meinung enthalte, welche in dem §. 3. widerlegt und berichtiget wird, ſieht man auch daraus, weil in den Baſiliken [8]) der §. 2. ganz weggelaſſen, und blos das Reſultat des §. 3. in dieſelben aufgenommen worden iſt. Jene Meinung hatte nun zwar für ſich, daß bey alternativen Verbindlichkeiten immer die ſtillſchweigende Uebereinkunft zum Grunde liegt, vermöge welcher dem Promittenten die Wahl zuſtehen ſolle [9]). Allein **Ulpian** billiget dennoch dieſe Meinung nicht. Er wendet aus **Scävola's** Quäſtionen (ein neuer Beweis, daß hier von Widerlegung einer entgegengeſetzten Meinung die Rede ſey [10]) ) ſehr richtig ein, daß jener Entſcheidungsgrund keine untrügliche Regel enthalte. Denn nicht immer hänge dasjenige, was in einer Stipulation ſtillſchweigend liegt, ſchlechterdings von der

8) S. Tom. III. pag. 573.

9) *L. 10. §. ult. D. de iure dot. L. 95. pr. D. de ſolut.*

10) Denn die *libri Quaeſtionum* der alten röm. Rechtsgelehrten enthielten blos Erörterungen controverſer civiliſtiſcher Rechtsfragen. S. OTTO in Papiniano Cap. XII. §. 1. pag. 362.

der Macht des Schuldners ab, weil es ſonſt in ſeiner Willkühr beruhen würde, ob er ſeine Verbindlichkeit erfüllen wolle, oder nicht; ſondern jener Satz müſſe ſo eingeſchränkt werden, daß es bey einer alternativen Verbindlichkeit zwar in der Macht und Willkühr des Schuldners ſtehe, was er leiſten, aber nicht, ob er leiſten wolle. Man ſehe dies auch aus folgendem Beyſpiele ganz klar. Wenn Jemand den Sklaven Stichus oder Pamphilus zu geben verſprochen hat; ſo könne zwar der Schuldner wählen, welchen von beyden er geben will, aber doch nur ſo lange, als beyde am Leben ſind. Stirbt alſo der eine, ſo falle nun die Wahl weg, und, der noch übrig iſt, müße jetzt ſchlechterdings gegeben werden. Denn wollte man auch in dieſem Falle noch das Wahlrecht des Schuldners gelten laſſen, ſo könnte er leicht ſagen, er hätte den verſtorbenen Sklaven gewählt, und ſich auf ſolche Art nach Willkühr ſeiner Verbindlichkeit entledigen. Auf gleiche Art verhalte ſich nun auch die Sache in dem oben §. 2. vorgetragenen Falle, (in propoſito) wenn weder an dem einem noch an dem andern Ort die Leiſtung erfolgt iſt. Denn ſollte jetzt noch dem Schuldner die Wahl freyſtehen, ſo würde er immer dem Kläger entgegenſetzen können, er wolle an dem andern Orte Zahlung leiſten, und ſo würde denn am Ende die ganze Leiſtung blos von ſeiner Willkühr abhängen. Es iſt demnach eine nothwendige Folge, daß man nunmehr dem Kläger die Wahl überlaſſe, nach ſeinem Gefallen an einem von beyden Orten auf Leiſtung der daſelbſt verſprochenen Sache zu klagen. Es iſt auch nun gar nicht nöthig, in der Klage des andern Ortes weiter zu gedenken. Denn es wäre in der That lächerlich, dem Beklagten, nach der Meinung des Accurſius, wegen des etwa entzogenen Vortheils in Rückſicht

ſicht des Zahlungsortes ein Intereſſe zuzuerkennen, da es von ſeiner Macht und Willkühr abhing, dem Kläger durch zeitige Leiſtung der ſchuldigen Sache zuvorzukommen. Daher iſt die Klage hier keine andere, als die aus dem Geſchäft ſelbſt entſpringende directe Klage. Nam utilitas loci nunquam aeſtimatur, ſagt Anton Faber, niſi ex aequitate, cum *arbitraria* agitur, non autem cum in eo ipſo loco, in quo dari res debuit. Der Zweck der ganzen Erörterung geht nun dahin, zu zeigen, daß bey einer alternativen Beſtimmung mehrerer Zahlungsorte die condictio de eo quod certo loco wegfalle, wenn an einem der beſtimmten Zahlungsorte ſelbſt geklagt wird. Denn hier hat der Gläubiger die Wahl, wo er klagen will. Dem Schuldner ſteht die Wahl, wo er Zahlung leiſten will, nur ſo lange frey, als es noch nicht zur Klage gekommen iſt. Iſt mit der alternativen Beſtimmung der Zahlungsorte auch eine Alternative in Anſehung des zu leiſtenden Objects feſtgeſetzt, wie in dem oben §. 2. vorgetragenen Falle; ſo kommt zwar dem Kläger auch in Anſehung des letztern die Wahl zu, doch nur in ſofern, als das Object an den Ort gebunden iſt. Er kann alſo, wenn er z. B. zu Epheſus klagt, nur die daſelbſt verſprochene Summe Geld fordern, nicht aber alternativ auf das Geld oder den Sklaven klagen, welcher zu Capua gegeben werden ſollte. Es iſt dieſes, wie Ulpian noch am Schluß bemerkt, eine nothwendige Folge der gemiſchten Alternative mehrerer Orte und Sachen. Non enim poteſt, ſagt daher Faber ganz recht, eligere ſtipulator locum Epheſi ad petendum, quin hoc ipſo cogatur eligere decem, quae Epheſi dare debitor promiſit, aut locum Capuae, quin hominem petere debeat, non decem. Ein Anderes wäre,

wenn

wenn der Gläubiger an einem dritten Ort klagen wollte. Dies kann er, wenn weder an dem einen noch dem andern die Zahlung erfolgte. Hierzu reicht nun aber freylich die directe Klage nicht hin, ſondern es muß die Condiction gebraucht werden, und zwar muß hier der Gläubiger alternativiſch klagen, mit Angabe der Orte, wo das Eine oder das Andere hätte geleiſtet werden ſollen, damit dem Beklagten die Wahl bleibe. Es kommt aber auch hier zugleich das Intereſſe in Anſchlag, je nachdem der eine oder andere Theil durch die Abänderung des Zahlungsortes Schaden leidet. Mit Recht ſagt daher Voet [11]). Si tamen extra duo loca, promiſſioni alternatim adjecta, actor alibi petere velit, utriusque loci mentionem fieri neceſſe eſt, immo et utriusque rei, ſi mixta alternationi locorum ſit rerum alternatio; atque ita debitori rurſus electio competit, cuius velit loci et rei aeſtimationem conſiderari, ut ſecundum eam iudex in hac arbitraria definiat, quanto plus minusve in hoc loco, in quo agitur, per reum actori praeſtandum ſit.

c) *L.* 4. *D. h. t.* Quodſi Epheſi petetur, ipſa ſola ſumma petetur, nec amplius quid: niſi ſi quid eſſet ſtipulatus, vel ſi temporis utilitas intervenit.

Daß es auch nach dieſem Geſetz die aus dem eingegangenen Geſchäft entſpringende Hauptklage ſelbſt ſey, welche an dem Zahlungsorte angeſtellt wird, iſt daraus klar, weil hier geſagt wird, daß mittelſt derſelben weiter nichts, als die ſchuldige Summe allein, gefordert werden könne. Denn

Klagen

11) Comm. ad Pand. h. t. §. 4.

Klagen aus den Geſchäften des ſtrengen Rechts gehen nicht auf das Intereſſe. [12]) Ulpian fügt jedoch zwey Ausnahmen hinzu 1) wenn ſich der Gläubiger auf den Fall, da die Zahlung nicht dem Verſprechen gemäß erfolgen würde, auſſer der ſchuldigen Hauptſumme noch Etwas anderes ausdrücklich ſtipulirt hat; z. B. Zinſen, oder eine Conventionalſtrafe. 2) Wenn eine Zahlungszeit iſt feſtgeſetzt worden, und die Zahlung nicht präcis zu dieſer Zeit erfolgt iſt. Hier kann ſelbſt mit der actione ex ſtipulatu geradezu auf das Intereſſe wegen des Verzugs geklagt werden. [13]) Dies wird hier temporis utilitas genannt. Cujaz [14]) iſt zwar anderer Meinung. Er glaubt nämlich, daß durch die adjectio temporis eben ſo wohl, wie durch die Beſtimmung eines Zahlungsorts die aus dem Geſchäft entſpringende directe Klage in eine actio arbitraria verwandelt werde. Eben dieſes behaupten auch Janus a Coſta [15]), Emund Merill [16]), und Joh. Matth. Magnus [17]) wenigſtens in dem Falle, wenn mit dem Zahlungsort zugleich eine gewiſſe Zahlungszeit verbunden worden iſt. Z. B. es war ſtipulirt: Epheſi *Calendis Ianuariis proximis* decem dari. Hier

12) *L. 38. §. 7. D. de Uſuris. L. 3. C. eodem.*

13) *L. 114. D. de Verb. Obligat.* Si fundum *certo die* praeſtari ſtipuler, et per promiſſorem ſteterit, quominus *ea die* praeſtetur: *conſecuturum me, quanti mea interſit, moram facti non eſſe.* Man ſehe auch *L. 11. D. de re iudic.*

14) Tract. ad Africanum ad L. 8. D. h. t.

15) Commentar. ad §. 33. I. de Actionib.

16) Obſervation. Lib. IV. cap. 19.

17) Ration. et Differentiar. iuris civ. Lib. I. cap. 18. (bey MEERMAN Tom. III. pag. 287.)

Hier müße propter utilitatem temporis mit der actione arbitraria auch an dem beſtimmten Zahlungsorte geklagt werden. Allein dieſe Meinung läßt ſich auf keine Weiſe rechtfertigen. Denn nicht die bloße Beſtimmung eines Zahlungsortes macht die aus dem Geſchäft entſtehende Hauptklage ſchon zu einer actio arbitraria, ſondern die Condiction iſt nur dann nöthig, wenn an einem andern, als dem verabredeten Zahlungsort, geklagt wird. Hier muß das officium iudicis eintreten, damit keinem Theile die utilitas loci entzogen werde. Wie kann alſo die adjectio temporis die Klage des Hauptgeſchäfts in eine actionem arbitrariam verwandeln, wenn an dem beſtimmten Zahlungsorte ſelbſt geklagt wird? Das Intereſſe wegen des Verzugs wird ja hier nicht officio iudicis zuerkannt, ſondern es muß dem Kläger iure obligationis geleiſtet werden. Ferner da hier die Klage ſo lange als unſtatthaft verworffen werden muß, ſo lang die Zahlungszeit noch nicht verſtrichen iſt [18]); ſo könnte ja die actio directa nie Statt haben, wenn die Klage, welche der Gläubiger jetzt nach Ablauf der Zahlungszeit anzuſtellen hat, die actio arbitraria oder utilis iſt. Mit Recht haben daher Anton Faber [19]), Anton Schulting [20]), Joh. Voet [21]), Reinhard Bachov [22]), und

18) *L. 38. §. 16. L. 42. L. 118. §. 1. D. de Verbor. Obligat. §. 33. I. de actionib.*

19) Rational. in L. 4. pr. D. h. t. pag. 475. ſqq. und beſonders Conjecturar. iuris civ. Lib. XV. cap. 3.

20) Theſ. controverſar. Decad. XLVI. Th. 5.

21) Commentar. ad Pand. h. t. §. 9.

22) Not. et Animadvers. ad *Treutlerum* Vol. I. Disput. XXIII. Theſ. VI. Lit. D. pag. 898.

und Johann Jacob Wiſſenbach [23]) jene Meinung des Cujaz und ſeiner Anhänger verworffen.

Es giebt alſo keine *condictio de eo quod certo tempore*, ſondern nur eine *condictio de eo quod certo loco.* Et diſſimilitudinis ratio apertiſſima eſt, ſagt Anton Faber [24]) ſehr ſcharfſinnig, *quia tempus in tempore continetur, non etiam locus in loco.* Nam qui *Epheſi* petit, quod *Romae* dari debuit, proculdubio *alio loco* petit. At qui petit *Calendis Februariis*, quod praecedentibus *Ianuariis* iam ſolvi debuit, non *alio tempore* petit, *quam quo debitum ſit:* quoniam, quod *Calendis Ianuariis praeteritis* debitum fuit, multo magis debetur *Februariis ſequentibus.* Ibique ſicuti arbitrariam actionem nemo dixerit ex eo ſolo induci, quod certo loco ſolvi debuerit, niſi illud etiam accedat, *ut alio, quam deſtinato loco, agere creditor velit*; ita abſurdum eſt dicere, arbitrariam competere ob id tantum, *quod ſtipulationi dies adiectus ſit*, ſi non illud quoque concurrat, *ut alio tempore petatur, quam quo debetur*; *quod ipſum tamen contingere nunquam poteſt.* Nam creditor, ſi *ante diem* petat, *male agit*, cum dies adiiciatur pro reo, non pro ſtipulatore [25]).

3) Es muß in der Klage der eigentliche Zahlungsort angegeben werden, weil ſonſt dem Kläger die exceptio



23) Exercitat. ad Pand. P. I. Disput. XXVI. Th. 12. pag. 279. ſq.

24) Conjectur. iur. civ. c. l. pag. 486.

25) *L. 41. §. 1. D. de Verb. Oblig. L. 50. D. de obligat. et act. L. 17. D. de Reg. iur.*

plus petitionis loco entgegenſtehen würde [26]). Durch dieſen Beyſatz erhält die aus dem eingegangenen Geſchäft entſpringende Hauptklage den Beynamen der *condictio de eo quod certo loco*, und die beſondere Eigenſchaft, daß wenn ſie nun an einem andern, als dem verabredeten Zahlungsort, angeſtellt, und übrigens dem Richter die Beſtimmung des Intereſſe wegen des Orts überlaſſen wird, die Klage nicht als unſtatthaft verworffen werden kann. Es iſt daher die *Condictio de eo quod certo loco* nicht ſowohl eine neue Klage, als vielmehr nur eine adiectitia qualitas der aus dem obligatoriſchen Geſchäft entſpringenden Hauptklage, und wird deswegen auch in den Geſetzen *actio utilis* [27]) genennt, welcher Ausdruck immer eine gewiſſe Hauptklage vorausſetzt. Heineccius [28]) erklärt ſich hierüber ſehr richtig, wenn er ſagt, Quemadmodum enim creditor contra debitorem, Epheſi ſolvere obligatum, Epheſi agit *condictione certi ex mutuo*, *ex ſtipulatu*, *actione de conſtituta pecunia*: ita extra Epheſum cum debitore agit *ex mutuo*, *ſtipulatu*, *conſtituta pecunia*, *de eo quod certo loco*. Hierin ſind auch, bis auf Anton Faber [29]), alle einver-

26) *§. 33. I. de actionib.*

27) *L. 1. in fin. h. t. Fr.* DUARENUS in Comm. ad h. Tit. cap. 2. ſagt: *Utilis* vocatur, quoniam ex directo ſummoque iure actio competere non poteſt, propter naturam contractus, qui ſtricti iudicii eſt, in qua ſuppleri non poteſt id, quod a contrahentibus expreſſum non eſt. At expreſſum eſt, ut ſolvat debitor Epheſi. Sed haec ſubtilitas iuris civilis neglecta eſt, propter aequitatem, et comparata eſt *actio utilis*.

28) Elem. iuris civ. ſec. ord. Pandect. h. t. §. 87.

29) Conjectur. iur. civ. Lib. XV. cap. 2. und de Errorib. Pragmaticor. Decad. XCI. Err. 5.

einverſtanden, deſſen Meinung aber ſchon von Bachov [30]) gründlich widerlegt worden iſt. Wenn nun alſo die *condictio de eo quod certo loco* die beſondere Eigenſchaft hat, daß vermittelſt derſelben eine ſchuldige Leiſtung an einem andern, als dem beſtimmten Zahlungsorte, gefordert werden kann; ſo entſteht die Frage, ob deswegen die Klage überall, wo ſich der Schuldner treffen läßt, wider denſelben angeſtellt werden könne, wenn er auch ſonſt dieſem Forum nicht unterworffen wäre? Bartolus behauptete dieſes wirklich. Ihm folgte auch Anton Faber [31]), doch nicht ſowohl aus dem Grunde, den erſter anführt, nämlich, weil der Schuldner wegen das ihm zu vergütenden Intereſſe in Rückſicht des eigentlichen Zahlungsorts keinen Schaden leide; ſondern weil derſelbe, wenn kein Zahlungsort beſtimmt wäre, überall belangt werden könnte, wo er angetroffen wird. Allein beyde irren ſehr, wie ſchon Reinhard Bachov [32]) zur Genüge gezeigt hat. Wie irrig Fabers Hypotheſe ſey, beweißt der Ausſpruch Ulpians, welcher *L. 19. §. ult. D. de iudiciis* ſehr nachdrücklich ſagt: Illud ſciendum eſt, eum, qui ita fuit obligatus, ut in Italia ſolveret, ſi in provincia habuit domicilium, *utrobique* poſſe conveniri, et hic et ibi. In der That würden die Worte: *ſi in provincia habuit domicilium*, ein



30) Tract. de Actionib. Disput. VII. P. II. Th. 2. Man ſ. auch VOET h. t. §. 1. in fin. HUBER Praelect. ad Pand. h. t. §. 3. *Ian. a* COSTA in Comm. ad §. 33. I. de action. FRANTZKE Commentar. ad Pand. h. t. nr. 8. und THIBAUT Syſt. de P. R. 1. B. §. 96.

31) De Errorib. Pragmaticor. Decad. XC. Error. 7.

32) Tr. de Actionib. Disput. VII. P. II. Th. 4. pag. 89. ſqq.

ganz überflüſſiger und ungereimter Zuſatz ſeyn, wenn jene Meinung Grund hätte, wie auch **Voet**[33]) ſehr richtig bemerkt hat. Zwar iſt nicht zu läugnen, daß einige Stellen des römiſchen Geſetzbuchs dieſelbe zu begünſtigen ſcheinen. Denn ſo ſagt **Papinian** *L.* 43. *D. de iudic.* Eum, qui inſulam Capuae fieri certo tempore ſtipulatus eſt, eo finito, *quocunque loco* agere poſſe in id, quod intereſt, conſtat. Eben ſo **Paulus** in der bereits oben vorgekommenen *L.* 27. *D. de condict. indeb.* Qui loco certo debere exiſtimans, indebitum ſolvit, *quolibet loco* repetet Wollte man auch etwa gegen dieſe Stellen einwenden, daß hier nicht von der actione arbitraria, ſondern directa die Rede ſey; ſo ſcheint wenigſtens **Ulpian** keinen Zweifel übrig zu laſſen, wenn er *L.* 16. *§.* 1. *D. de pecunia conſtit.* lehrt: Sed et certo loco et tempore conſtituere quis poteſt, nec ſolum eo loci poſſe eum petere, ubi ei conſtitutum eſt: *ſed, exemplo arbitrariae actionis, ubique poteſt.* Demohngeachtet läßt ſich eine ſo ausdehnende Erklärung nicht annehmen, als die Worte auszudrücken ſcheinen. Denn würde es nicht ein offenbarer Widerſpruch, ja die größte Ungereimtheit ſeyn, wenn durch Beſtimmung eines gewiſſen Zahlungsortes nunmehr der Gläubiger eine ausgedehntere Befugniß erhalten haben ſollte, als er in dem Fall, da kein Zahlungsort beſtimmt iſt, gehabt hätte, da doch, durch Beyfügung deſſelben, offenbar die Abſicht war, die Befugniß des Gläubigers in Rückſicht auf den Gerichtsſtand des Schuldners zu beſchränken? Man erwäge ferner nur die Abſicht der Einführung unſerer Condiction. Dieſe gieng, wie **Cajus** *L.* 1. *D.*

*h. t.*

33) Comment. ad Pand. h. t. §. 5.

*h. t.* lehrt, blos dahin, damit nach der Natur der ſtricti iuris Geſchäfte die daraus entſpringende Klage nicht vereitelt werden möchte, wenn ſich etwa der Schuldner an dem beſtimmten Zahlungsorte nie treffen ließe. Es ſoll alſo der Gläubiger durch die ihm zum Beſten gegebene actio utilis blos in den Stand geſetzt werden, worin er ſich befunden hätte, wenn kein Zahlungsort wäre beygefügt worden. Denn hätte aber der Gläubiger den Schuldner doch nur in ſeinem ordentlichen Gericht belangen können [34]). Es können demnach die in den oben angeführten Geſetzſtellen vorkommenden Ausdrücke: *quocunque loco, quolibet loco, ubique,* nach der Rechtsanalogie blos auf ſolche Orte beſchränkt werden, wo nach den allgemeinen Regeln des Civilrechts der Gerichtsſtand des Beklagten begründet iſt, wie, auſſer **Bachov**, auch **Wiſſenbach** [35]), **Perez** [36]), **Schulting** [37]), **Doneau** [38]), **Duaren** [39]), **Weſtenberg** [40]), **Lauterbach** [41]), **Cocceji** [42]), und **Wernher** [43]) jene Stellen

 ganz

34) S. *Ger.* NOODT Comm. ad Dig. h. t. §. *Sit ita.* Tom. II. Oper. pag. 307.

35) Exercitat. ad Pand. Disput. XXVI. Th. 10.

36) Praelect. in Cod. Lib. III. Tit. 18. nr. 1.

37) Theſ. controverſar. Decad. XLVI. Th. 6.

38 Commentar. iuris civ. Lib. XVII. cap. 19. §. *Maiorem dubitationem.* pag. 996.

39) Comment. ad h. Tit. cap. 4. pag. 926.

40) Princip. iur. ſec. ord. Digeſt. h. t. §. 18.

41) Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 13.

42) Iur. civ. controv. h. t. Qu. 7.

43) Lectiſſ. Commentation. in Pand. P. I. h. t. §. 7.

ganz richtig erklären. Viele [44]) wollen jedoch behaupten, daß die Condictio de eo quod certo loco blos in foro domicilii des Schuldners anzuſtellen ſey. Andere [45]) hingegen rechnen auch noch das forum contractus hierher. Allein gegen dieſe letzte Meinung haben ſchon mehrere [46]) nicht ohne Grund erinnert, daß ja an dem beſtimmten Zahlungsort der Gerichtsſtand des Contracts begründet werde [47]), folglich die daſelbſt anzuſtellende Klage nicht die actio arbitraria, ſondern vielmehr directa ſey. Denn iſt zur Erfüllung des Contracts ein gewiſſer Ort beſtimmt, ſo kommt der Ort, wo der Contract geſchloſſen worden iſt, in keine weitere Betrachtung. [48]) Da jedoch ein Römer, auſſer ſeinem Wohnort in der Provinz, auch zu Rom, als der communis omnium patria [49]), ſo wie an dem Ort, der

44) NOODT Comm. ad Dig. h. t. pag. 307. STRAUCH Diſſertation. ad univ. ius Iuſtin. Diſſ. XVII. §. 3. THOMASIUS in Schol. ad *Huberi* Praelect. ad Pand. h. t. §. 1. LUDOVICI Doctr. Pandect. h. t. §. 4. und beſonders HEINECCIUS in Elem. iur. civ. ſec. ord. Pand. h. t. §. 88.

45) BACHOV. c. l. STRUV Synt. iur. civ. Exerc. XVIII. Th. 69. BOECKELMANN Commentar. in Dig. h. t. §. 10. VINNIUS Commentar. ad §. 33. I. de Actionib. nr. 1. ad verb. *Alio loco petenti.* HUBER Praelect. ad Pand. h. t. §. 1. in Reſp. ad Schol. WISSENBACH c. l. BERGER Reſolution. LL. obſtant. h. t. Qu. un. u. a.

46) MÜLLER ad *Struvium* c. l. not. ε. LAUTERBACH c. l. §. 13. in fin. HEINECCIUS c. l. §. 88. not. *. WERNHER cit. loc.

47) *L. 21. D. de obligat. et actionib.*

48) *L. 3. D. de rebus auct. iud. poſſid.* S. den 6. Th. dieſes Commentars und deſſen 2. Abth. §. 516. S. 296.

49) *L. 33. D. ad municipalem.* NOODT Commentar. ad Dig. Lib. V. Tit. 1. pag. 153.

der für ſein beſonderes Vaterland gehalten wurde, belangt werden konnte, wenn er daſelbſt gegenwärtig war [50]); ſo läßt ſich das quocunque loco, und ubique in den oben angeführten Geſetzſtellen nun ſehr wohl erklären.

4) Die *condictio de eo quod certo loco* hat nicht eher Statt, als wenn die Hauptklage an dem beſtimmten Zahlungsorte hätte angeſtellt werden können. Nun laſſen ſich hier zwey Fälle gedenken.

a) Es iſt ein gewiſſer Zahlungstermin beſtimmt. Hier kann nicht eher geklagt werden, als bis dieſer Termin völlig abgelauffen iſt. [51])



50) *L. 29. D. ad municipal.* S. den 6. Th. dieſes Commentars und deſſen 1. Abth. §. 511.

51) *§. 33. I. de Actionib. §. 2. I. de Verb. obligation. L. 42. L. 46. pr. D. eodem.* Der Gläubiger iſt auch in einem ſolchen Falle, da die Zahlung, der Uebereinkunft zu Folge, nach Ablauf einer beſtimmten Zeit an einem dritten Ort geſchehen ſoll, das Geld vor der Zeit an einem andern, als dem verabredeten Zahlungsorte, anzunehmen nicht ſchuldig, weil ihm der Vortheil des bedungenen Orts nicht entzogen werden darf. *L. 122. pr. D. de Verb. Obligat.* S. MAGNUS Ration. et Differentiar. iur. civ. Lib. I. cap. 14. Tom. III. *Theſ. Meerman.* pag. 281. ſq. und DUARENUS in Comm. ad L. cit. 122. D. de Verb. Obl. *Oper.* pag. 774. Wäre nicht zugleich Ort und Zeit beſtimmt, ſondern die letztere allein feſtgeſetzt, ſo kann der Schuldner, wenn er will, auch vor dem Ablauff der Verfallzeit Zahlung leiſten. *L. 50. D. de obligat. et act. L. 38. §. 16. L. 41. §. 1. L. 137. §. 2. in fin. D. de Verb. Oblig.* S. den 4. Th. dieſes Commentars und deſſen 2. Abth. §. 335. S. 485.

b) Es iſt keine gewiſſe Zeit zur Leiſtung feſtgeſetzt worden. Hier muß dem Schuldner wenigſtens ſoviel Zeit geſtattet werden, als in ſeiner Lage und nach ſeinen Umſtänden erforderlich iſt, um an den Zahlungsort hinzureiſen. Ein ſolcher Zeitraum iſt immer ſtillſchweigend in einer ſolchen Stipulation begriffen, vermöge welcher Jemand an einem dritten Ort etwas zu leiſten verſprochen hat, weil Niemand zu etwas Unmöglichen verpflichtet werden kann.[52]) Früher iſt die Klage ganz unſtatthaft. Es gehören hierher folgende Stellen.

a) *L. 2. §. 6. D. h. t.* Qui ita ſtipulatur: *Epheſi decem dari*, ſi ante diem, quam Epheſum pervenire poſſit, agat, *perperam ante diem agi*: quia et JULIANUS putat, *diem tacite huic ſtipulationi ineſſe.* Quare verum puto, quod JULIANUS ait, eum, qui Romae ſtipulatur, hodie Carthagine dari, inutiliter ſtipulari.

Gerhard Noodt[53]) erklärt dieſe Stelle von der condictione de eo quod certo loco. Geſetzt aber, man wollte ſie auch von der directen Klage verſtehen, ſo iſt wohl ſehr natürlich, daß die Condiction nicht früher an einem andern Ort angeſtellt werden kann, als die directe Klage am Zahlungsorte ſelbſt angeſtellt werden konnte. Sogar gegen den Bürgen hat die Condiction nicht eher Statt, wenn er für den Schuldner an einem beſtimmten Ort Zahlung zu leiſten ſich verbindlich gemacht hat, als wenn es auch

52) *§. 5. I. de Verbor. obligat.* Eine Ausnahme enthält *L. 141. § 4. D. eod.*

53) Commentar. ad Dig. h. t. pag. 309. §. *Neſcio.*

auch dieſem möglich geweſen wäre, an den Zahlungsort hinzukommen, geſetzt auch, daß ſich der Hauptſchuldner ſchon daſelbſt befinden ſollte. Im Gegentheil möchte auch immerhin der Bürge am Zahlungsorte anzutreffen ſeyn. Er kann dennoch nicht eher in Anſpruch genommen werden, als nachdem es auch dem Hauptſchuldner phyſiſch möglich war, an den Zahlungsort hinzukommen, wie folgende merkwürdige Stelle aus Papinians Quäſtionen beſtätiget:

b) *L.* 49 §. 2. *D. de fideiuſſor.* Quaeſitum eſt, an fideiuſſor, qui, *Capuae pecuniam ſe daturum*, Romae promiſit, ſi reus promittendi *Capuae* eſſet, ſtátim conveniri poſſit? Dixi, non magis fideiuſſorem confeſtim teneri, quam ſi ipſe *Capuae* ſpopondiſſet, *cum reus adhuc Capuam pervenire non potuiſſet.* Nec ad rem pertinere, quod hoc latere [54]) nemo dubitet, nondum fideiuſſorem teneri; quia nec ipſe reus promittendi teneretur: nam e contrario quoque, ſi quis reſponderit, quoniam debitor *Capuae* ſit, fideiuſſorem confeſtim teneri, *non habita ratione taciti proprii temporis*, eventurum, ut eo caſu fideiuſſor conveniatur, quo debitor ipſe, ſi *Romae* fuiſſet, non conveniretur. Itaque nobis placet, *fideiuſſoriam obligationem conditionem taciti temporis ex utriusque perſona reciperare*, *tam rei promittendi*, *quam ipſius fideiuſſoris*: quoniam aliud reſpondentibus, contra iuris formam, in duriorem conditionem acceptus intelligetur.

Bey

54) Id eſt *pro hac parte*, ſ. *in hac ſpecie.* S. BRISSONIUS de Verb. Signif. voc. *Latus*, und POTHIER Pandect. Iuſtin. Tom. III. Tit. de fideiuſſor. Nr. XLIII. not. h.

Bey der Beſtimmung der Zeit, welche erfordert wird, um an den Zahlungsort hinzukommen, hat der Richter, auf deſſen Ermeſſen es hier vorzüglich ankommt, darauf zu ſehen, wie bald es Perſonen von dem Alter, Stand, Geſchlecht und Geſundheit, zu denen der Verpflichtete gehört, möglich war, an den Zahlungsort mit Bequemlichkeit hinzureiſen. Folgende Stelle verdient hier beſonders bemerkt zu werden.

c) *L.* 137. §. 2. *D. de verbor obligat.* Cum ita ſtipulatus ſum, *Epheſi dari*? ineſt tempus: quod autem accipi debeat, quaeritur? et magis eſt, ut totam eam rem ad iudicem, id eſt, ad virum bonum remittamus, qui aeſtimet, quanto tempore diligens paterfamilias conficere poſſit, quod factum ſe promiſerit: ut, qui *Epheſi* daturum ſe ſpoponderit, neque duplomate [55]), diebus, ac noctibus, et omni tempeſtate contemta iter continuari cogatur; neque tam deli-

55) *Duploma ſ. Diploma* hic accipe, ſagt DUARENUS in Commentar. ad h. L. *Oper.* pag. 787. quod a principe impetratur, ut equis publice diſpoſitis uti liceat. *Poſtam* vulgo dicimus. Privatis enim absque principis diplomate curſus publicus olim non permittebatur. *L. 11. Cod. de curſu publico.* Cuius moris meminit PLINIUS *Lib. X. Epiſt. penult.* Mit dieſer Erklärung ſtimmt auch CUJACIUS in Comm. ad L. 137. D. de Verb. Oblig. überein, wenn er ſagt: *Duplomata* ſunt codicilli, qui dantur curſu publico utentibus, quae et *Tractoriae* et *Combinae* dicuntur. Dieſe *Duplomata* werden auch *Evectiones* genannt. *L. 3. Cod. de curſ. publ. L. 11. Cod. eod.* S. BRISSONIUS de Verb. Signif. voc. *Duploma.* Allein hier wird die cauſa pro effectu genommen, und alſo *diploma* pro curſu publico,

delicate progredi debeat, ut reprehenſione dignus appareat: *ſed habita ratione temporis, aetatis, ſexus, valetudinis; cum id agat, ut mature perveniat, id eſt, eodem tempore, quo plerique eiusdem conditionis homines ſolent pervenire.* Eoque transacto, quamvis *Romae* remanſerit, nec poſſit *Epheſi* pecuniam dare: nihilominus ei recte condicetur: vel quia per ipſum ſteterit, quominus *Epheſi* daret; vel quoniam per alium *Epheſi* poſſit dari; vel quia *ubique* poteſt ſolvere.[56]) Nam et quod in diem debetur, ante ſolvi poteſt, licet peti non poteſt. Quod ſi duplomate uſus, aut felici navigatione, maturius, quam quisque, pervenerit *Epheſum*: confeſtim obligatus eſt: quia in eo, quod tempore atque facto finitum eſt, nullius eſt coniecturae locus.

Uebrigens kann die Condiction Statt finden, wenn gleich der Schuldner nicht in mora iſt. Denn es können ſich auf Seiten des Gläubigers unterdeſſen die Umſtände geändert haben, ſo daß ihm jetzt die Leiſtung an dem verabredeten Zahlungsort nichts mehr nützt, zu welcher gleichwohl der Schuldner an dem beſtimmten Orte bereit war. Hier

blico, qui, ut ſit, diplomate Principis efficitur, wie *Hug.* DONELLUS in Commentar. ad L. 137. §. 2. D. de Verb. Obligat. nr. 10. pag. 405. dieſes Wort erklärt.

56) Dies iſt nämlich ſo zu verſtehen, wenn ſich der Gläubiger die Zahlung an einem andern Ort will gefallen laſſen. S. DUARENUS in Comm. ad L. 122. D. de Verb. obligat. *Oper.* pag. 774. VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 7. MAGNUS bey *Meerman* Tom. III. pag. 281. und LAUTERBACH in Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 13.

Hier wäre es unbillig, wenn nicht die Leiſtung auch an einem andern Ort gefordert werden dürfte, weil der Beklagte das intereſſe loci erſetzt bekommt [57]).

5) Die *condictio de eo quod certo loco* ſetzt ferner eine Verbindlichkeit zum Geben voraus, und zwar wird hier unter dem Ausdruck Geben (*dare*) auch das Widergeben (reddere), Zahlen (ſolvere), und Uebergeben (tradere) begriffen, wie Cujaz [58]), zu Folge der Geſetze dieſes Titels [59]), ſehr richtig bemerkt hat. Iſt alſo ein bloßes Factum verſprochen worden, bey welchem keine Tradition des Gemachten vorkommt, z. B. es hat ſich Jemand verbindlich gemacht, an einem beſtimmten Ort binnen einer gewiſſen Zeit ein Gebäude aufzuführen, er hat aber ſein Verſprechen nicht erfüllt [60]); ſo iſt die *actio utilis* nicht nöthig, ſondern es kann hier *actione directa ex ſtipulatu* auf das Intereſſe an jedem Orte geklagt werden, wo ein Gerichtsſtand des Verpflichteten begründet iſt [61]). Der Grund

57) S. *Ge.* FRANTZKE Commentar. in Pand. h. t. nr. 14. und *Io. Matth.* MAGNUS Rationum et Differentiar. iur. civ. Lib. I. cap. 14. circ. fin.

58) Tract. III. ad *Africanum*, ad L. 8. D. h. t. pag. 398.

59) *L. 5. 6. et 7. D. h. t. L. 16. §. 1. D. de conſtit. pecun.*

60) Ob und wodurch bey verſprochenen bloßen Facten eine mora eintreten könne, zeigt Schöman in den Fragmenten aus ſeinen civiliſt. u. criminaliſt. Vorleſungen I. §. 16.

61) *L. 43. D. de iudic.* Anderer Meinung ſind zwar Doneau und Treutler, welche auch bey den obligationibus faciendi die Condiction für begründet halten. Allein ſchon BACHOV ad TREUTLERUM Vol. I. Diſſ. XXIII. Th. 6. lit. C. pag. 897. und BOECKELMANN in Comm. ad Dig. h. t. §. 6. haben dieſe Meinung widerlegt.

Grund dieſes Unterſchieds beruhet darin, weil zwar eine Sache an jedem andern, als dem verabredeten Ort, gegeben, allein ein Gebäude nur an dem Ort aufgeführt werden kann, wo es bedungen worden iſt [62]). Daher gilt auch dergleichen Stipulation anders nicht, als wenn zugleich der Ort, wo das Gebäude errichtet werden ſoll, beſtimmt worden iſt. [63]) Endlich

6) die aus dem unterliegenden Geſchäft entſpringende directe Klage muß nach der Strenge des Rechts nicht hinreichend ſeyn, um mittelſt derſelben die ſchuldige Leiſtung an einem andern, als den beſtimmten Orte, nebſt dem Intereſſe fordern zu können. Gerhard Noodt [64]) bemerkt, daß urſprünglich die condictio de eo quod certo loco bloß wegen der Strenge der Stipulation eingeführt worden ſey. Erſt in der Folge ſey ſie durch die Interpretation der römiſchen Rechtsgelehrten erweitert, und der Billigkeit wegen auch auf die actionem mutui, actionem ex teſtamento, und de conſtituta pecunia erſtreckt worden. Denn keine dieſer

62) S. VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 8. und NOODT Comm. ad Dig. h. t. pag. 307. §. *Addamne* etc. Zwar wollen CUJACIUS ad Africanum Tract. III. ad L. 8. D. h. t. und de COCCEJI in iur. civ. controv. h. t. Qu. 1. den Grund darin ſuchen, daß die ſtipulatio facti eine obligationem incerti bewirke, welche nicht präcis auf Leiſtung des Factums, ſondern zugleich alternativ auf das Intereſſe gehe. Allein dieſer Grund widerlegt ſich aus dem, was von den obligationibus faciendi ſchon an einem andern Ort bemerkt worden iſt. S. den 4. Th. dieſes Commentars §. 316. S. 305. und EMMINGHAUS ad *Coccejum* c. l. not. d.

63) *L. 2. §. 5. D. h. t. L. 95. D. de verbor. obligat.*

64) Comment. ad Dig. h. t. pag. 306. §. *Obtinet.*

dieſer Klagen geht auf etwas Mehreres, als was das Weſen des Geſchäfts mit ſich bringt, woraus ſie entſtehen. Die erſtere auf Wiedererſtattung des Darlehns, die andere auf Leiſtung deſſen, was der Teſtirer in ſeinem letzten Willen verordnet hat, nur daß mit dieſer auch Zinſen des Verzugs gefordert werden können [95]), und die letztere kann darüber nicht hinausgehen, was die ſchon vorhandene Verbindlichkeit ausdrückt, welche durch das conſtitutum verſichert wird. Ohne den Beyſatz de eo quod certo loco könnte alſo mit keiner dieſer Klagen das Intereſſe gefordert werden, wenn an einem andern, als dem beſtimmten Orte, geklagt würde. **Ulpian** ſcheint ſelbſt nicht undeutlich darauf hinzudeuten, wenn er *L. 16. §. 1. D. de conſtit. pecun.* ſagt: daß auch beym conſtituto an einem andern, als dem verabredeten Zahlungsort, *exemplo arbitrariae actionis*, geklagt werden könne [66]). Daß es bey den zweyſeitigen bonae fidei Contracten, in welchen ein Theil dem andern etwas an einem beſtimmten Orte zu leiſten verſprochen hat, der Condiction nicht bedürfe, ſondern die aus denſelben entſpringende directe Klage genüge, um auch an einem andern Orte klagen, und das intereſſe loci fordern zu können, iſt ſchon oben bemerkt worden. Bey dieſen lag es ſchon in der Natur der Klage, daß der Richter von Amtswegen auf das Intereſſe wegen des Orts Rückſicht nehmen

65) *L. 34. D. de Uſur. L. 84. L. 87. §. 1. D. de legat. II. L. 92. in fin. D. de condit. et demonſtrat. L. 1. et L. 4. C. de uſur. et fruct. legator.*

66) Anderer Meinung iſt zwar *Ant.* FABER de Errorib. Pragmaticor. Dec. XCI. Err. 4. 5. et 6. Allein man ſehe BACHOVII Tract. de Actionib. Disp. VII. P. II. Th. 3.

nehmen mußte, wenn gleich ſeine Anweiſung (formula iudicii) hiervon nichts enthielt [67]). Nicht nur **Paulus** beſtätigt dieſes in der ſchon oben angeführten Stelle aus *L.* 7. *D. h. t.* ſondern auch **Ulpian**, wenn er *L.* 5. *pr. D. Commodati* ſagt: Si, *ut certo loco vel tempore reddatur commodatum*, convenit, *officio iudicis ineſt*, *ut rationem loci vel temporis habeat.* Jedoch macht **Paulus** in der angeführten *L.* 7. §. 1. *D. h. t.* die Ausnahme, wenn ſich in einem bonae fidei Contract ein Theil dem andern durch Stipulation verbindlich gemacht hätte, ſein Verſprechen an einem beſtimmten Orte zu erfüllen. Hier muß, wenn die Leiſtung an dem verabredeten Orte nicht erfolgt, und dieſelbe an einem andern verlangt wird, nach dem Ausſpruch des **Paulus** die actio arbitraria zu Hülfe genommen werden. Er ſagt nämlich: Si tamen *certo loco traditurum ſe quis ſtipulatus ſit* [68]), hac actione utendum erit.

Bey der condictio de eo quod certo loco hat nun der Richter vorzüglich auf den Schaden Rückſicht zu nehmen, den der eine, oder der andere Theil von der Abänderung

67) CUJACIUS Tract. III. ad *African.* ad L. 8. D. h. t. und *Ger.* NOODT in Comm. ad Pand. c. l. pag. 306 haben hierbey ſehr richtig bemerkt, actionem arbitrariam, exemplo actionis exceptionisque doli mali, iudiciis bonae fidei ineſſe, ibique officio iudicis contineri.

68) Das Wort *ſtipulari* wird hier nicht active ſondern paſſive genommen, ſo wie bey **Ulpian** *L. 26. §. 13. D. de condict. indeb.* Nach dem Zeugniß des PRISCIANUS Lib. VIII. wird es in dieſem Sinn auch von **Suetonius** gebraucht. S. auch *Ger.* NOODT ad Dig. h. t. §. *Obtinet.* pag. 306.

rung des Zahlungsortes hat. Um dieſen gehörig zu ermeſſen, kommt es hauptſächlich darauf an, zu weſſen Beſten der Zahlungsort iſt beygefügt worden [69]). Daher muß bald der Kläger dem Beklagten, bald dieſer jenem das Intereſſe loci vergüten. Letzteres iſt nur dann der Fall, wenn die Schuld an dem Beklagten lag, daß die Zahlung nicht an dem beſtimmten Orte erfolgte, und hier muß denn natürlich der Beklagte höher verurtheilt werden, wenn der Kläger Schaden dadurch erlitten hat; dahingegen wird der Beklagte auf eine geringere Summe verurtheilt, als er an dem contractmäßigen Orte hätte bezahlen müſſen, wenn er derjenige Theil iſt, der durch die Abänderung des Zahlungsorts den Schaden leidet. Dieſe Entſchädigung muß dem Beklagten auch dann zuerkannt werden, wenn der Kläger auch ohne ſeine Schuld, durch ein zufälliges, blos ſeine Perſon betroffenes Ereigniß, wäre verhindert worden, ſich an dem beſtimmten Zahlungsorte zur Annahme einzufinden. Denn es iſt der Vernunft und den Geſetzen gemäß, daß jeder Theil die nachtheiligen Folgen eines Mangels trage und vergüte, welcher ſich in ſeiner eigenen Perſon, auf was immer für eine Weiſe, wenn auch gleich nur durch Zufall, ereignet hat [70]). Viele [71]) wollen zwar behaupten,

69) S. VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 6.

70) *L. 3. §. ult. D. de act. emti et vend. L. 137. §. 4. D. de verbor. obligat.* S. SCHOEMANS Lehre vom Schadenserſatze. 2. Th. S. 20. ff.

71) *Ge.* FRANTZKE Comm. ad Pand. h. t. nr. 15. *Io. Frid.* BOECKELMANN Comment. in Dig. h. t. §. 8. *Ge. Ad.* STRUV Synt. iur. civ. Exercit. XVIII. Th. 72. *Io.* VOET Comm. in Pand. h. t. §. 6. *Wolfg. Ad.* LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pandect.

haupten, es komme beym Schuldner gar nicht darauf an, ob er in mora ſey oder nicht, ihm gebühre auf jeden Fall eine Vergütung, wenn ihm der Vortheil des Zahlungsorts entzogen wird, geſetzt auch, daß er ſelbſt durch ſeine mora die Veränderung deſſelben veranlaßt hätte. Denn es ſey kein Geſetz vorhanden, welches ihm dieſen Vortheil verſagt wiſſen wolle. **Juſtinian** verordne vielmehr ohne Unterſchied: *in hac condictione rationem habendam eſſe utilitatis, quae promiſſori competitura fuiſſet, ſi illo loco ſolveret, quo ſe ſoluturum ſpopondit.* Ueberdem hebe kein Verzug ein erworbenes Conventionalrecht auf, ſondern die nachtheiligen Folgen deſſelben erſtreckten ſich blos auf die Zukunft. Allein wenn es wahr iſt, was **Afrikan** [72]) und **Ulpian** [73]) ſagen: Quod nemini fruſtratio ſua prodeſſe debeat, ſed unicuique ſua noceat mora; ſo iſt nicht wohl zu begreiffen, wie der Beklagte die ihm entgangenen Vortheile des Zahlungsorts noch in Anſchlag bringen könne, wenn es an ihm ſelbſt lag, daß die Zahlung nicht an dem verabredeten Orte erfolgte. Mit Recht ſagt daher der große **Cujaz** [74]): Moratoris utilitatem ſpectari, aeſtimari-

 que,

Pandect. h. t. §. 6. *Hieron.* TREUTLER Diſput. ad Pand. Diſput. XXIII. Th. IV. lit. C. *Matth.* WESENBEC ad Pand. h. t. nr. 6. *Io.* STRAUCH Diſſ. de condict. de eo quod c. l. P. II. ſub rubr. *Officium iudicis.* n. 28. *Sam. de* COCCEJI iur. civ. controv. h. t. Qu. 4. und *Io. Ern. Bernh.* EMMINGHAUS ad Eundem c. l. not. f.

72) *L. 37. in fin. D. mandati.*

73) *L. 173. §. 2. D. de div. reg. iuris.*

74) Tract. III. ad Africanum ad L. 8. D. h. t.

que, abſurdum eſſet, und ihm ſtimmen auch Magnus [75]), Bachov [76]), Wiſſenbach [77]), Eckolt [78]), Heineccius [79]), Ludovici [80]), und mehrere andere ohne Bedenken bey. Man giebt ja zu, der Kläger könne nur dann das intereſſe loci fordern, wenn ihm durch die mora des Beklagten der Vortheil des Zahlungsorts entzogen worden ſey. Nun iſt aber die mora in der Perſon des Gläubigers, ſo wie in der des Schuldners, nach gleichen Grundſätzen zu beurtheilen [81]), und Venulejus ſagt ausdrücklich in der ganz entſcheidenden Stelle der *L.* 137. § 4. *D. de verb. obligat.* Generaliter cauſam difficultatis *ad incommodum promiſſoris*, non ad impedimentum ſtipulatoris pertinere. Es kann alſo wohl die uns entgegengeſetzte Stelle Juſtinians anders nicht, als von dem Falle verſtanden werden, wenn es an dem Gläubiger lag, daß die Zahlung nicht an dem verabredeten Orte erfolgte. [82]) Nur in dieſem Falle iſt es Pflicht des Richters, bey der Verurtheilung des Beklagten auf den Schaden Rückſicht zu nehmen, welcher dem Beklagten aus der Abänderung des

75) Ration. et Different. iur. civ. Lib. I. cap. 14. bey MEERMAN Tom. III. pag. 282.

76) Ad *Treutlerum* Vol. I. Disputat. XXIII. Th. IV. Lit C.

77) Exercitat. ad Pand. P. I. Disput. XXVI. Th. 9.

78) Compendiar. Pand. Tractat. h. t. §. 6.

79) Elem. iur. civ. ſec. ord. Pand. h. t. §. 90.

80) Doctr. Pand. h. t. §. 6.

81) S. SCHOEMANS Lehre vom Schadenserſatze. 2. Th. pag. 16. folg.

82) S. HUBERI Praelect. in Pand. h. t. §. 3. in fine.

des Zahlungsortes entſteht. Zur Beſtimmung des Schadens ſelbſt aber laſſen ſich keine allgemeine Regeln vorſchreiben, ſondern der Richter hat ſolche in jedem einzelnen Falle nach Klugheit und Billigkeit zu ermeſſen, weil nicht nur der Werth der Waaren, ſondern auch der Geldcours nach Ort und Zeit ſehr wandelbar iſt. Eben deswegen wird dieſe Klage in vorzüglichem Sinn eine *actio arbitraria* genannt, weil hier die Verurtheilung des Beklagten hauptſächlich von dem billigen Ermeſſen des Richters abhängt [83]). Es hat daher auch keinen Zweifel, daß bey Beſtimmung des Intereſſe, welches hier ein Theil dem andern zu vergüten hat, nicht nur auf den durch die Abänderung des Zahlungsorts entſtandenen poſitiven Schaden, ſondern auch nach Befinden der Umſtände auf den dadurch dem Andern entzogenen Gewinn Rückſicht zu nehmen ſey, wenn z. B. der Kläger an dem Orte, wo ihm das Geld hätte ausbezahlt werden ſollen, Waaren dafür einzukaufen, und damit zu handeln gewohnt war. Daher iſt denn auch hier der Richter nicht gerade an die geſetzmäßige Größe der Zinſen gebunden. Alles bisher Geſagte werden folgende Stellen dieſes Titels auſſer Zweifel ſetzen.



83) *§. 31. I. de actionib.* Einige meinen, daß auch bey dieſer Condiction, eben ſo wie bey andern actionibus arbitrariis, eine Sentenz der Condemnation des Beklagten vorausgegangen ſey. Daher ſoll die formula iudicii bey dieſer Klage nach MAGNUS bey *Meerman* Tom. III. pag. 285. cap. 17. ſo gelautet haben: *Si paret Titium Maevio centum aureos Capuae dare oportere, neque ea pecunia arbitrio tuo ſolvatur, aut eo nomine ſatisfiat, condemna eum.* Allein daß nach dieſer Formel die Klage ganz ihren Zweck verfehlt haben würde, haben *Ant.* FABER de Errorib. Pragmaticor. Decad. XC. Err. 2. et 3. und BACHOV in Tr. de actionib. Disp. VII. P. II. Theſ. 2. gezeigt.

a) *L. 2. pr. D. h. t.* Arbitraria actio *utriusque utilitatem* 84) continet, tam actoris, quam rei. Quodſi *rei* intereſt, minoris ſit pecuniae condemnatio, quam intentatum eſt: aut ſi *actoris*, maioris pecuniae fiat.

b) *L. 2. §. 8. D. eod.* Nunc *de officio iudicis* huius actionis loquendum eſt: utrum quantitati contractus debeat inſervire, an vel excedere vel minuere quantitatem

84) Natürlich iſt dieſes wohl nur ſo zu verſtehen, daß der Richter bey dieſer Klage darauf zu ſehen habe, welcher von beyden Theilen, der Kläger, oder der Beklagte, durch die Abänderung des Zahlungsorts Schaden leide. Daher heißt es *L. un. Cod. Ubi conveniat. qui certo loco dare promiſ* in qua venit aeſtimatio, *quod alterutrius interfuerit*, ſuo loco prius, quam in eo, in quo petitur, ſolvi, und Cujaz bemerkt Tr. III. ad *Africanum* ad L. 8. D. h. t. daß das *utriusque* in der *L. 2. pr. D. h. t.* dieſelbe Bedeutung habe, wie das *alterutrius* in der *L. un. C. cit.* Ge. FRANTZKE in Comm. in Pand. h. t. nr. 16. glaubt jedoch, daß es Fälle geben könne, wo der Richter das Intereſſe beyder Theile zugleich zu berückſichtigen habe, theils des Beklagten, wenn, wie gewöhnlich, zu ſeinem Beſten der Zahlungsort beygefügt worden, theils des Klägers, ſi illius forſitan quoque interſit, *ſine mora* ſolutionem factam fuiſſe. Man ſieht leicht, daß dieſe Behauptung mit der Meinung im Zuſammenhange ſteht, nach welcher dem Beklagten der Vortheil des Zahlungsorts vergütet werden müſſe, er möge in mora ſeyn oder nicht; allein dieſe iſt ſchon oben widerlegt worden. Wären beyde Theile nicht zur rechten Zeit an dem beſtimmten Zahlungsorte erſchienen, ſo fällt das Intereſſe weg, und der Richter verurtheilt den Beklagten blos in die ſchuldige Summe. S. MAGNUS bey MEERMAN Tom. III. Lib. I. cap. 14. in fin. pag. 282.

titatem debeat: ut ſi interfuiſſet rei, Epheſi potius ſolvere, quam eo loci, quo conveniebatur, ratio eius haberetur? *Iulianus Labeonis* opinionem ſecutus, etiam actoris habuit rationem: cuius interdum potuit intereſſe, Epheſi recipere. *Itaque utilitas quoque actoris veniet.* Quid enim ſi trajectitiam pecuniam [85]) dederit, Epheſi recepturus, ubi ſub poena debebat pecuniam, vel ſub pignoribus: et diſtracta pignora ſunt, vel poena commiſſa mora tua? vel fisco aliquid debebatur, et res ſtipulatoris viliſſimo diſtracta eſt? *in hanc arbitrariam quod interfuit, veniet: et quidem ultra legitimum modum uſurarum* [86]). Quid, ſi merces ſolebat comparare? et an et lucri ratio habebatur, non ſolius damni? *Puto et lucri habendam rationem* [87]).



85) *Trajectitia pecunia* heißt im eigentlichen Sinn ein ſolches Kapital, welches der Gläubiger auf ſeine Gefahr über See geliehen hat. Es iſt alſo immer unter dieſem Ausdruck ein Darlehn zu verſtehen, wie der ganze Titel der Pandecten *de nautico foenore* (XXII. 2) beweißt; und dieß muß auch in unſerer Stelle vorausgeſetzt werden.

86) *Ger.* NOODT in Comm. ad Dig. h. t. pag. 310. erklärt dieſes ſo, daß das Intereſſe auch uſuras centeſimas überſchreiten dürfe. Denn dieſe wären uſurae legitimae genennt worden. Allein die Worte: *ultra legitimum modum uſurarum* wollen wohl nur ſoviel ſagen, daß das intereſſe loci nicht gerade auf die geſetzliche Zinsgränze beſchränkt ſey. Ueberdem waren auch die uſurae nauticae vor Juſtinian (*L.* 26. §. 1. *C. de Uſur.*) noch nicht centeſimae, ſondern infinitae. PAULUS *Sententiar. Receptar.* Lib. II. Tit. 15. §. 3. S. SCHULTING ad Paulum. in Iurisprud. Antej. pag. 288. Not. 13.

87) Schwer iſt zwar dieſes Fragment mit *L. ult. D. de peric. et comm. rei vend.* und *L.* 21. §. 3. *D. de action. emti et vend.*

c) *L.* 3. *D. eodem.* Ideo in arbitrium iudicis refertur haec actio, quia ſcimus, quam varia ſint pretia rerum per ſingulas civitates, regionesque: maxime vini, olei, frumenti. Pecuniarum quoque licet videatur una et eadem poteſtas ubique eſſe, tamen aliis locis facilius, et levibus uſuris inveniuntur, aliis difficilius et gravibus uſuris.

Nun entſteht noch die ſehr ſtreitige Rechtsfrage, in wiefern die actio arbitraria de eo quod certo loco gegen

*vend.* zu vereinigen, wie ich ſchon an einem andern Orte gezeigt habe. S. den 4. Th. dieſes Commentars §. 332. Die mancherley Verſuche der Rechtsgelehrten hierüber hat H. Hofr. SCHOEMAN in der Lehre vom Schadenserſatze 2 Th. S. 102. ff. ausführlich dargeſtellt und geprüft. Er ſelbſt hat einen neuen Vereinigungsverſuch gewagt. Allein mit welchem Glück? Man ſehe die Heidelbergiſchen Jahrbücher der Literatur 1. Jahrg. 1. Heft. S. 87 ff. Vergleicht man die *L.* 4. *D. h. t.* mit unſerer *L.* 2. *§ ult. D. eod.* ſo leuchtet daraus ziemlich klar hervor, daß der Unterſchied nicht unerheblich ſey, ob eine verſprochene Zahlung nicht zur gehörigen Zeit, und ob ſie nicht an dem beſtimmten Orte erfolgt iſt. S. *Ger.* NOODT de Foenore et Uſuris Lib. II. cap. 6. *Io.* VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 6. *Ioſ.* FINESTRES in Hermogeniano ad L. 19. D. de peric. et commodo rei venditae. §. 10. pag. 469. ſq. Nun iſt in keiner der übrigen Stellen, ſo wie in *L.* 2. *§. ult. h. t.* ein Zahlungsort angegeben. Die Behauptung, daß ein Zahlungsort beym Handelserwerbe, auch ohne beſondere Verabredung darüber, immer als beſtimmt vorauszuſetzen ſey, läßt ſich wohl ſchwerlich rechtfertigen. Wir ſind alſo, der neuern Verſuche ungeachtet, hierin noch nicht einen Schritt weiter gekommen; und es dürften vielleicht die hier in den Weg tretenden Schwierigkeiten nie zu beſiegen ſeyn.

gen den Bürgen Statt finde? Es handeln hiervon zwey merkwürdige Fragmente dieſes Titels, nämlich *L.* 8. und *L. ult. D. h. t.*, welche den berühmteſten Rechtsauslegern ſo viel Schwierigkeit gemacht haben, daß man wenigſtens die erſte Stelle mit unter die damnatas leges Pandectarum, oder cruces Ictorum zu zählen, kein Bedenken getragen hat [88]). Sie können daher nicht ganz mit Stillſchweigen übergangen werden.

a) *L. 8. h. t.* iſt aus AFRICANI *libro* 3. *Quaeſtionum*, und lautet ſo. Centum Capuae dari ſtipulatus, fideiuſſorem accepiſti. Ea pecunia ab eo ſimiliter, ut ab ipſo promiſſore, peti debebit: id eſt, ut ſi alibi, quam Capuae petantur, arbitraria agi debeat: lisque tanti aeſtimetur, quanti eius vel actoris interſuerit, eam ſummam Capuae potius, quam alibi ſolvi. *Nec oportebit, quod forte per reum ſteterit, quominus tota centum Capuae ſolverentur, obligationem fideiuſſoris augeri.* Neque enim haec cauſa recte comparabitur obligationi uſurarum: ibi enim duae ſtipulationes ſunt, hic autem una pecuniae creditae eſt: circa cuius executionem aeſtimationis ratio arbitrio iudicis committitur. Eiusque differentiae manifeſtiſſimum argumentum eſſe puto, quod ſi poſt moram factam pars pecuniae ſoluta ſit, et reliquum petatur, officium iudicis tale eſſe debeat, ut aeſtimet, quanti actoris interſit, eam duntaxat ſummam, quae petetur, Capuae ſolutam eſſe.

 b) *L*

88) S. *Corn. van* ECK Commentat. iurid. de ſeptem damnatis Legib. Pandectar. ſ. Crucibus Ictor. rec. *Halae 1766.* Cap. 4.

b) *L. ult. eod.* aus PAULI *Lib.* 4. *Quaeſtionum* iſt folgenden Inhalts. Si poſt moram factam, quominus Capuae ſolveretur, cum arbitraria vellet agere, fideiuſſor acceptus ſit eius actionis nomine: videamus, ne ea pecunia, quae ex ſententia iudicis accedere poteſt, non debeatur, nec ſit in obligatione; adeo ut nunc quoque ſorte ſoluta, vel ſi Capuae petatur, arbitrium iudicis ceſſet: niſi ſi quis dicat, ſi iudex centum et viginti condemnare debuerit, centum ſolutis ex univerſitate, tam ex ſorte, quam ex poena ſolutum videri: ut ſuperſit petitio eius, quod excedit ſortem, et accedat poena pro eadem quantitate? Quod non puto admittendum: tanto magis, quod creditor accipiendo pecuniam etiam remiſiſſe poenam videtur.

Vergleichen wir beyde Fragmente ſorgfältig, ſo ſind unſtreitig darin zwey verſchiedene Fälle enthalten. Nach der *L.* 8. hatte ſich der Gläubiger von dem Schuldner, der ihm durch Stipulation eine gewiſſe Summe zu Capua zu bezahlen zugeſagt hatte, gleich Anfangs und alſo noch vor eingetretener mora, zur Sicherheit ſeiner Forderung einen Bürgen ſtellen laſſen. Nach der *L. ult.* hingegen war der Bürge erſt nach eingetretener mora des Schuldners angenommen worden, wie nämlich der Gläubiger den Schuldner actione arbitraria belangen wollte, und zwar um die Klage abzuwenden. Es iſt alſo ganz unrichtig, wenn Cujaz [89]) glaubt, daß die nähere Erklärung der L. 8. aus der L. ult. zu nehmen, und auch in der erſten Stelle ein

89) Tract. III. ad *Africanum* ad L. 8. h. t.

ein ſolcher Fall zu unterlegen ſey, wo der Bürge erſt nach vorhandener mora des Schuldners in Rückſicht der actionis arbitrariae ins Mittel getreten iſt. Denn wie hätte wohl je ein Zweifel darüber entſtehen können, ob die actio arbitraria auch gegen den Bürgen Statt habe, wenn er ſelbſt in Rückſicht dieſer Klage wäre angenommen worden? wie Anton Faber [90]) mit Recht gegen Cujaz erinnert hat. Soviel geht indeſſen aus beyden Fragmenten ganz deutlich hervor, daß der Bürge eben ſo, wie der Hauptſchuldner, mit der condictione de eo quod certo loco belangt werden könne. Denn auch davon abgeſehen, daß der Bürge, wie Ulpian [91]) ſagt, an des Hauptſchuldners Stelle tritt, ſo würde ja der ganze Zweck der Bürgſchaft vereitelt werden, wenn der Bürge nicht auch an einem andern, als an dem verabredeten Zahlungsorte, belangt werden könnte. Man ſetze z. B. der Bürge ließe ſich ſo wenig, als der Hauptſchuldner, an dem Zahlungsorte treffen. Hier muß auch gegen den Bürgen mit der condictione de eo quod certo loco geklagt werden. So wie aber der Schuldner, wenn er ſelbſt actione arbitraria belangt wird, das Intereſſe in Abrechnung bringen kann, ſofern ihm durch den Kläger der Vortheil des zu ſeinem Beſten bedungenen Zahlungsorts entzogen worden iſt, eben ſo muß auch der Bürge den Schaden anrechnen können, welchen er dadurch leidet, daß er an einem andern, als dem beſtimmten Zahlungsorte, belangt worden iſt. Denn der Zahlungsort, den ſich der Hauptſchuldner ausbedungen hat, kommt auch dem

90) Rational. in Pand. ad L. 8. D. h. t. pag. 482.

91) *L. 4. §. 1. D. de fideiuſſor.*

dem Bürgen zu ſtatten [92]). Dahingegen muß aber auch der Bürge, wenn es an ihm lag, daß die Zahlung nicht an dem beſtimmten Orte erfolgte, dem Gläubiger das Intereſſe vergüten. Alles dieſes ſetzen die Anfangsworte der *L.* 8. *h. t.* auſſer Zweifel. Wie aber, wenn es nicht ſowohl an dem Bürgen, als an dem Schuldner ſelbſt lag, daß die ſchuldige Summe an dem contractmäßigen Orte nicht bezahlt wurde, und dadurch der Gläubiger in Schaden geſetzt worden iſt; iſt nun der Bürge, auſſer der Hauptſchuld, für die er gut geſagt hat, auch dieſen Schaden dem Gläubiger zu vergüten verbunden? Afrikan entſcheidet dieſe Frage in dem Falle, von welchem die *L.* 8. *h. t.* redet, mit klaren Worten verneinend, wenn er ſagt: *Nec oportebit, quod forte per reum ſteterit, quominus tota centum Capuae ſolverentur, obligationem fideiuſſoris augeri.* Es iſt zwar ſonſt eine bekannte Regel, daß der Verzug des Hauptſchuldners auch dem Bürgen nachtheilig ſey [93]). Allein dieſe Regel ſteht hier nicht entgegen. Sie gilt nur, 1) wenn von der Fortdauer der Verbindlichkeit des Bürgen die Rede iſt, als welcher freylich verhaftet bleibt, wenn gleich die ſchuldige Sache nach eingetretener mora des Schuldners zu Grunde gehen ſollte [94]). 2) Wenn für eine

92) In den *Baſilicis* Tom. III. Lib. XXIV. Tit. 9. Conſt. 8. pag. 575. heißt es: Εὰν ἐγγυητὴς ἀπὸ τῆς ἀρβιτραρίας ἐνάγηται, σκοπεῖται καὶ αὐτοῦ καὶ τȣ῀ πρωτοτυπου τὸ διαφέρον. i. e. *Si fideiuſſor arbitraria conveniatur, ſpectatur, et quid eius interſit, et quid rei principalis.*

93) *L. 88. D. de Verb. obligat. L. 24. §. 1. D. de Uſur.*

94) *L. 49. pr. L. 91. §. 4. D. de verb. obligat. L. 58. §. 1. D. de fideiuſſor.*

eine obligatio bonae fidei, z. B. für eine Pacht, oder Kaufſchuld, und zwar in omnem cauſam, Bürgſchaft geleiſtet worden iſt. Hier kann der Bürge, wenn er auch gleich, als Bürge, actione ex ſtipulatu belangt wird, doch eben ſo gut, wie der Hauptſchuldner, in die Zinſen des Verzugs verurtheilt werden [95]). Nun iſt aber in dem Falle, von welchem **Afrikan** redet, die Bürgſchaft in Rückſicht einer obligatio ſtricti iuris geſchehen. Hier erſtreckt ſich die Verbindlichkeit des Bürgen weiter nicht, als ſoweit die Hauptſchuld geht, für die er gut geſagt hat. Es wirkt alſo die mora des Schuldners zwar ſoviel, daß derſelbe, wenn er ſelbſt actione arbitraria belangt wird, auſſer dem Capital, von richterlichen Amts wegen auch zur Leiſtung des Intereſſe verurtheilt werden kann. Allein ſie wirkt nicht, daß auch der Bürge auf das Intereſſe belangt werden könnte. Dieſer haftet nur für das Capital. Denn dieſes macht den Gegenſtand der Verbindlichkeit aus. Das Intereſſe iſt nicht ſtipulirt, und alſo auch in der Verbindlichkeit, für welche der Bürge gut geſagt hat, nicht begriffen. Zwar hat es ſeine Richtigkeit, daß wenn auf den Fall des Verzugs Zinſen ſtipulirt worden ſind, der Bürge auch dafür haften müſſe. Allein daraus folgt nicht, daß er auch

95) *L. 54. pr. D. Locati.* — Uſurae enim *in bonae fidei iudiciis* etſi non tam ex obligatione proficiſcantur, quam ex officio iudicis applicentur, *tamen cum fideiuſſor in omnem cauſam ſe applicuit, aequum videtur, ipſum quoque agnoſcere onus uſurarum.* Eben ſo *L. 5. Cod. de pact. inter emtor. et venditor. compoſit.* Man ſehe auch *van* ECK cit. Diſſ. cap. 4. §. 6. PEREZ Praelection. in Cod. Lib. III. Tit. 18. nr. 11. und BACHOV ad *Treutler.* Vol. I. Disp. XXIII. Th. 5. lit. D. et E.

auch für das Intereſſe wegen des Verzugs hafte. Denn in jenem Falle ſind, wie Afrikan ſagt, zwey Stipulationen vorhanden, die eine wegen des Capitals, die andere wegen der Zinſen. Es wird daher wegen des Verzugs des Schuldners die Verbindlichkeit des Bürgen nicht erweitert, weil die auf den Fall des Verzugs ſtipulirten Zinſen hier zur Hauptſchuld gehören. Allein in dem Falle, wovon hier die Rede iſt, iſt nur eine obligatio, nämlich die Verbindlichkeit, eine gewiſſe Summe an einem beſtimmten Orte zu bezahlen, vorhanden. Dafür allein haftet der Bürge. Die Leiſtung des Intereſſe, weil die Bezahlung an dem beſtimmten Orte nicht erfolgte, und daher an einem dritten Orte geklagt wird, liegt auſſer den Gränzen der obligatio, und iſt dem Amte und dem billigen Ermeſſen des Richters zu überlaſſen. Dafür ſteht alſo der Bürge nicht, damit nicht ſeine Verbindlichkeit wider ſeinen Willen durch den Verzug des Schuldners vermehrt werde. Zur weitern Begründung dieſer Entſcheidung fügt Afrikan noch hinzu, daß der Unterſchied, ob man etwas ex iure obligationis oder nur ex officio iudicis zu fordern habe, nicht unbedeutend ſey, wie daraus erhelle, wenn nach eingetretener mora ein Theil der Schuld bezahlt worden iſt, und der Gläubiger auf den Rückſtand actione arbitraria klagt. Hier kann wegen des Bezahlten kein weiteres intereſſe loci gefordert werden, weil in Rückſicht deſſelben die obligatio und Klage erloſchen iſt; ſondern nur ſoweit die Schuld noch nicht bezahlt iſt, kommt der Schade in Anſchlag, den der Gläubiger davon hat, daß auch dieſer Rückſtand nicht an dem verabredeten Zahlungsorte entrichtet wurde [96]. Bey weitem

96) S. VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 3. NOODT Comm. ad Dig.

tem ſchwieriger iſt nun aber der andere Fall, von welchem die *L. ult. D. h. t.* handelt. Hier war der Bürge erſt nach ſchon vorhandener mora des Schuldners eingetreten, und zwar in Rückſicht der actionis arbitrariae angenommen, mit welcher der Gläubiger den Schuldner zu belangen im Begriff war. Man ſtelle ſich hier folgenden Fall vor. Der Schuldner bleibt zur Verfallzeit an dem beſtimmten Orte mit der verſprochenen Zahlung aus. Der Gläubiger will jetzt an dem Wohnungsorte deſſelben actione arbitraria auf das Intereſſe klagen. Ein Dritter aber kommt dazu, und beredet ihn von der Klage abzuſtehen, durch die Verſicherung, er ſtehe ihm dafür, daß er an dem beſtimmten Zahlungsorte das Geld noch erhalten werde. Wenn nun dennoch keine Zahlung erfolgt wäre, und der Gläubiger jetzt mit der actione arbitraria den Bürgen in Anſpruch nähme, könnte er nicht wenigſtens in dieſem Falle von dem Bürgen eben dieſelbe Schadloshaltung fordern, zu welcher der Schuldner ſelbſt wäre verurtheilt worden, wenn er ſeine Klage gegen dieſen angeſtellt hätte? Man ſollte glauben, daß dieſes gar keinem Zweifel unterworfen ſey. Selbſt die Formel der Stipulation ſcheint es mit ſich zu bringen,

Dig. h. t. pag. 310. ſq. §. *Expoſui.* MAGNUS Ration. et Different. iur. civ. Lib. I. cap. 19. bey MEERMAN Tom. III. pag. 288. HUBER Eunomia Rom. ad L. 8. D. h. t. pag. 532. ſq. et in Praelect. ad Pand. h. t. §. 5. PACIUS Εναντιοφαν. Centur. IV. Qu. 32. STRUV Synt. iur. civ. Exercit. XIX. Th. 73. BOECKELMANN Comment. in Dig. h. t. §. 7. FABER Rational. in Pand. ad L. 8. h. t. LABITTUS in Uſu indicis Pandectar. Cap. III. §. 39. in WIELING *Iurisprud. reſtituta.* Tom. II. pag. 65. ſqq. und POTHIER Pand. Iuſtin. h. t. Nr. XII. not. c. — f.

bringen, daß der Bürge für alles haften müſſe, was der Gläubiger vermöge der actio arbitraria von dem Schuldner ſelbſt hätte fordern können, weil er ja in Rückſicht dieſer Klage fidejubirt hat. Dies behaupten auch wirklich Cujaz [97]), Magnus [98]), und Struv [99]). Ich zweifle aber, ob dieſe Meinung dem Ausſpruch des Paulus in der *L. ult. h. t.* gemäß ſey. Die Worte: *videamus*, *ne ea pecunia*, *quae ex ſententia iudicis accedere poteſt*, *non debeatur*, *nec ſit in obligatione*, ſind freylich dunkel, und ſcheinen eher eine bloße Frage, als eine Entſcheidung zu enthalten, wie auch Accurſius dafür hält. Vergleichen wir noch damit die Baſiliken [100]), ſo ſind von den Verfaſſern derſelben dieſe Worte ganz weggelaſſen worden. Ἐὰν μετὰ ὑπέρθεσιν, heißt es daſelbſt, ἐγγυητὴν λάβῃ ὁ ἐπερωτήσας ἐπὶ τῆς ἀρβιτραρίας, εἰ λάβῃ τὸ κεφάλαιον, ἢ ἐναγάγῃ ὅπου καταβληθῆναι συνέδοξεν, ἢ ὡς μόνον τὸ κεφάλαιον ὁ εναγόμενος καταδικασθῇ, ἀναιρεῖται ἡ τȣ̃ διαφέροντος μεθοδεία. δεχόμενος γὰρ τὸ κεφάλαιον, δοκεῖ συγχωρεῖν τὴν ποινήν. i. e. *Si poſt moram factam fideiuſſorem acceperit ſtipulator arbitrariae actionis nomine, ſi acceperit ſortem, vel ibi petatur, ubi ſolvi placuit: vel ſi in ſortem tantum reus condemnatus ſit, uſurarum petitio ceſſat: nam qui ſortem accipit, poenam remittere videtur.* Es ſcheint daher faſt keinem weitern Zweifel unterworffen zu ſeyn, daß die Entſcheidung der Frage erſt in den nachfolgenden Worten

97) Tract. III. ad African. ad L. 8. D. h. t.

98) Ration. et Differentiar. iur. civ. Lib. I. cap. 20. bey MEERMAN Tom. III. pag. 290. ſq.

99) Synt. iur. civ. Exercit. XVIII. Th. 73. in fin.

100) Tom. III. Lib. XXIV. Tit. 9. Conſt. 10. pag. 575.

ken enthalten ſey. Soll nun nach denſelben das arbitrium judicis nur dann wegfallen, wenn der Gläubiger das ſchuldige Kapital ohne Vorbehalt angenommen, oder ſolches an dem beſtimmten Zahlungsorte eingeklagt hat, ſo ſcheint ſich der Schluß von ſelbſt zu ergeben, daß in dem entgegengeſetzten Falle, da nämlich der Bürge an einem andern Orte mit der actione arbitraria belangt wird, derſelbe eben ſowohl, wie der Hauptſchuldner, dem Gläubiger das Intereſſe zu vergüten verurtheilt werden könne, wenn man auch annimmt, es ſey ſolches in der obligatio ſelbſt, das iſt, in dem ſtipulirten Gegenſtande nicht mit begriffen. Allein wer die beſcheidene Art, mit welcher Paulus, bey Erörterung civiliſtiſcher Controverſen, ſeine Meinung auszudrücken pflegt, aus ſeinen *libris Quaeſtionum* kennen gelernt hat [1]), wird gewiß einem Franz Duaren [2]), einem Anton Faber [3]), und Gerhard Noodt [4]) ſeinen Beyfall nicht verſagen können, wenn dieſe großen Rechtsausleger die Worte: *videamus, ne ea pecunia* etc. im Geiſt des Paulus, und nach dem ſeiner Beſcheidenheit angemeſſenen Redegebrauche [5]), ſo verſtehen, daß dieſer römiſche Juriſt hierdurch den Rechtsſatz habe ausſprechen wollen: der Bürge, wenn er gleich in Rückſicht der actio arbitraria fidejubirt hätte, hafte dennoch, wenn er ſelbſt mit dieſer

1) S. BRISSONIUS de Verbor. Signif. voc. *Videre.*

2) Commentar. ad h. Tit. Cap. IV. *Operum* pag. 927.

3) Rational. in Pand. ad L. ult. D. h. t.

4) Commentar. ad Dig. h. t. §. *Niſi moleſta erit. Oper.* Tom. II. pag. 311.

5) S. *Gottfr.* MASCOVII Orat. de modeſtia veterum Ictorum. *Harderovici 1729.* et rec. *Lipſiae 1741.* 4.

ſer Klage in Anſpruch genommen wird, für das Intereſſe nicht, welches dem Gläubiger wegen der mora des Schuldners vom Richter hätte zuerkannt werden können, wenn er die actionem arbitrariam gegen dieſen angeſtellt hätte, und zwar darum, weil dieſes Intereſſe nicht zur obligatio des Schuldners gehöre, für welche die Bürgſchaft nur allein geleiſtet worden iſt. Nur das, was ſtipulirt worden iſt, macht den Gegenſtand der obligatio aus. Nun iſt nur ſtipulirt, daß die ſchuldige Summe an dem beſtimmten Orte bezahlt werden ſolle. Was der Richter bey der actione arbitraria auſſerdem dem Gläubiger zuerkennen kann, iſt nicht durch Stipulation verſprochen worden, ſondern eine Acceſſion, welche der Gläubiger dem richterlichen Amte zu verdanken hat, und gehört alſo nicht zu der obligatio, wofür der Bürge angenommen worden iſt. Paulus beſtätiget ſeine Meinung durch folgende Gründe. Erſtens, wenn dem Gläubiger das Intereſſe iure obligationis gebührte, ſo könnte es immer noch gefordert werden, wenn auch gleich die ſtipulirte Schuld ſchon wäre bezahlt worden. Allein dies iſt bey der actione arbitraria der Fall nicht. Denn wenn auch jetzt erſt, nachdem ſchon in Rückſicht dieſer Klage ein Bürge war angenommen worden, das ſchuldige Capital bezahlt würde, und zwar nicht gerade von dem Bürgen, ſondern von dem Schuldner ſelbſt, der ſchon in mora war, ſo würde dennoch das arbitrium iudicis wegfallen, das iſt, kein weiteres Intereſſe gefordert werden können; ſondern der Richter müßte den Beklagten freyſprechen, wenn er deswegen belangt werden wollte, und noch vielmehr alſo den Bürgen, wenn dieſer ſelbſt actione arbitraria belangt würde. Denn ſobald durch Bezahlung der Schuld die Klage aufgehoben iſt,

kann

kann auch das officium iudicis nicht weiter Platz greiffen. Zweytens, wenn der Gläubiger nach eingetretener mora des Schuldners, und geſchehener Annehmung des Bürgen das ſchuldige Capital an dem beſtimmten Zahlungsorte einklagte, ſo hätte nur die actio directa Statt. So wie hier alles arbitrium iudicis wegfällt, ſo kommt auch kein weiteres Intereſſe in Betrachtung [6]. Sicher würde aber der Schuldner von deſſen Leiſtung nicht freyzuſprechen ſeyn, wenn der Gläubiger das Intereſſe iure obligationis zu fordern hätte. Aus beyden Argumenten gehet alſo klar hervor, daß das Intereſſe, welches der Gläubiger wegen der mora des Schuldners, welcher nicht an dem beſtimmten Orte Zahlung leiſtete, von dem Schuldner ſelbſt mit der actione arbitraria hätte fordern können, weder zur obligatio des Bürgen noch des Hauptſchuldners gehöre. Man möchte zwar einwenden, wenn der Richter den Schuldner, welcher 100 Gulden zu bezahlen hatte, wegen des Intereſſe in eine Summe von 125 fl. hätte condemniren müſſen, und nun 100 fl. von der ganzen Summe bezahlt worden ſind, ſo ſey das Gezahlte auf Capital und Intereſſe abzurechnen. Es müßte alſo nun noch der Rückſtand gefordert werden können. Allein Paulus giebt dieſes nicht zu, und zwar aus dem Grund, weil der Gläubiger, wenn er das Geld einmal ohne Vorbehalt angenommen, ſich des zu fordernden Schadenserſatzes ſtillſchweigend begeben hat.



6) L. 4. pr. De h. t.

## §. 847.

**Was iſt Rechtens, wenn an mehreren Orten eine Leiſtung verſprochen worden iſt? Ferner wenn Jemand ſtipulirt hat, daß ihm, oder einem Dritten die Zahlung an dem beſtimmten Orte geſchehen ſolle? Wenn fällt die actio arbitraria weg?**

Sind mehrere Zahlungsorte beſtimmt, ſo unterſcheiden die Geſetze zwey Fälle.

1) Sie ſind copulativ beſtimmt. Hier kann der Gläubiger actione directa an jedem Orte nur auf die Hälfte der ſchuldigen Zahlung klagen. Klagt er aber an einem von beyden Orten, oder an einem dritten Orte auf das Ganze, ſo muß es actione arbitraria geſchehen, und dann kommt das intereſſe loci in Anſchlag, welches nach richterlichem Ermeſſen zu beſtimmen iſt. Von dieſen Falle handelt *L.* 2. §. 4. *D. h. t.* Si quis ita ſtipulatur, *Epheſi et Capuae*, hoc ait [7]), ut *Epheſi partem et Capuae partem petat.* [8])

2) Sie

7) So lieſet die Florentine. Allein Haloander und Baudoza haben hoc agit. Eben ſo lieſet auch unſer Erlanger Pandecten Codex. Dieſe Leſeart billiget beſonders *Ger.* NOODT in Comm. ad Dig. h. t. §. *A.* §. 2. *et* 3. pag. 308. in fin. und erklärt die Worte *hoc agit* ſo: eius propoſitum eſt.

8) Das Wort *pars* drückt in Ermangelung einer andern Beſtimmung immer die Hälfte eines gewiſſen Ganzen aus. *L.* 164. §. 1. *D. de Verb. Significat.* *L.* 43. *D. de Uſufr.* Wird mit der actione arbitraria an einem von beyden Zahlungsorten auf das Ganze geklagt, ſo iſt nur das Intereſſe in Rückſicht desjenigen Orts zu ſchätzen, wo die andere Hälfte der ſchuldigen Leiſtung hätte geſchehen ſollen. S. *Ant.* FABRI Rational. in Pand. ad L. 2. §. 4. D. h. t. pag. 465. und *Ger.* NOODT in Comm. ad Dig. h. t. pag. 309.

2) Sie ſind alternativ beſtimmt. Hier laſſen ſich wieder zwey Fälle gedenken.

a) Die Sache, welche an dem einen oder dem andern Orte gegeben werden ſoll, iſt die nämliche. Hier kommt es zuvörderſt darauf an, zu weſſen Beſten dieſe alternative Beſtimmung geſchehen iſt. Dann hat dieſer die Wahl. Auſſerdem kann der Schuldner wählen, an welchem der genannten Orte er zahlen will. Iſt er aber ſäumig, und läßt es zur Klage kommen; ſo hat nun der Kläger die Wahl, wo er die Zahlung fordern will. Klagt er jedoch an einem der genannten Orte, ſo reicht die actio directa hin; klagt er hingegen an einem dritten Orte, ſo muß er ſich, mit Angabe der beſtimmten Zahlungsorte, der actio arbitraria bedienen. Von dieſem Falle handelt *L.* 2. §. 3. *D. h. t.* welche ſchon oben (S. 311. ff.) erklärt worden iſt.

b) Es ſind verſchiedene Sachen, die eine an dieſem, die andere an jenem Orte, alternativ verſprochen worden. Auch hier hat anfangs der Schuldner die Wahl, dieſe geht aber nach vorhandener mora auf den Gläubiger über; doch darf weder jener noch dieſer die Alternative trennen. Klagt jedoch der Gläubiger an einem dritten Orte, ſo muß dieſes actione arbitraria geſchehen, und hier dem Schuldner die Wahl gelaſſen werden [9]).

Iſt ausgemacht worden, daß das verſprochene Object dem Stipulator oder einem Dritten an dem beſtimmten Orte geleiſtet werden ſolle, ſo hat eigentlich nach der Strenge des Rechts nur der Stipulator eine Klage, nicht der Dritte [10]);

 jedoch

9) VOET Comm. ad Pandect. h. t. §. 4.

10) Von dieſem ſagen die Geſetze: *ſolutionis tantum cauſa adjectus*

jedoch kann der Promiſſor dem Dritten Zahlung leiſten [11]). Dieſes iſt nun entweder der Stipulation gemäß an dem beſtimmten Zahlungsorte geſchehen; und dann iſt die actio ex ſtipulatu ipſo iure aufgehoben, und die Verbindlichkeit getilgt; oder die Zahlung iſt an einem andern, als dem contractmäßigen Orte, geſchehen. Hier wird eigentlich der Promiſſor nach der Strenge des Rechts von ſeiner Verbindlichkeit nicht frey. Der Stipulator kann alſo noch gegen ihn klagen. Nun könnte zwar der Promittent dem Kläger die Einrede entgegenſetzen, daß er die Zahlung dem adiecto geleiſtet habe [12]); allein der Kläger würde ihm doch immer mit der Replic zurückweiſen können, daß der adjectus ſolutioni nur als Mandatar zu betrachten ſey, und alſo dadurch, daß er die Zahlung gegen die Formel der Stipulation an einem andern Orte angenommen, die Gränzen des Auftrags überſchritten habe. Er kann alſo auf dieſem Wege wenigſtens noch eine Vergütung des Intereſſe fordern. Dies iſt es, was **Ulpian** *L.* 2. §. 7. *D. h. t.* aus **Julian** anführt, wenn er daſelbſt ſagt: Idem JULIANUS tractat, an is, *qui Epheſi ſibi aut Titio dari ſtipulatus*

*jectus eſt. L.* 23. *D. de fideiuſſor. L.* 98. §. 5. *D. de Solution.* und dieſer wird als Mandatar des Stipulators angeſehen. §. 4. *I. de inut. ſtipulat. L.* 131. §. 1. *D. de Verb. oblig. L.* 98. §. 5. *in fin. D. de ſolut.* verglichen mit *L.* 12. §. 1. *D. eodem.* S. *Greg.* MAJANSII Diſſ. de Adjecto ſolutionis gratia. Tom. I. *Disputation. iuris civ.* Disp. VIII. pag. 142. ſqq.

11) *L.* 7. §. 1. *D. de conſtit. pecun. L.* 10. *D. de ſolutionib.*

12) *L.* 30. *D. de conſtit. pecun.*

*latus eſt*, ſi alibi Titio ſolvatur, nihilominus poſſit intendere, ſibi dari oportere? Et JULIANUS ſcribit, liberationem non contigiſſe: *atque ideo poſſe peti, quod intereſt*. MARCELLUS autem et alias tractat, et apud JULIANUM notat, poſſe dici, et ſi mihi alibi ſolvatur, liberationem contigiſſe: quamvis invitus accipere non cogar. Plane ſi non contigit liberatio, dicendum ait, ſupereſſe petitionem integrae ſummae; quemadmodum ſi quis inſulam alibi feciſſet, quam ubi promiſerat, in nihilum liberaretur. Sed mihi videtur ſummae ſolutio diſtare a fabrica inſulae: *et ideo, quod intereſt, ſolum petendum.* Man ſieht aus dieſer Stelle, daß Marcellus zwar anderer Meinung war. Dieſer behauptete nämlich, wenn dem Gläubiger ſelbſt die Zahlung an einem andern, als dem beſtimmten Orte, geleiſtet wird, und dieſer ſie ohne Widerſpruch annimmt, ſo werde der Schuldner hierdurch ſeiner Verbindlichkeit entlediget; allein wenn er das Geld dem Adjectus an einem andern Orte zahlt, als wo es vermöge der Stipulation hätte geſchehen ſollen, ſo werde er dadurch von ſeiner Verbindlichkeit nicht frey, eben ſo wenig, als derjenige, welcher ein Haus an einem andern Orte erbauet, als wo es nach dem Contract erbauet werden ſollte. Werde nun alſo der Schuldner nicht frey, ſo verbleibe dem Gläubiger ſein Anſpruch auf die ganze Summe. Allein Ulpian widerlegt dieſe Meinung aus dem Grunde, weil ein Unterſchied zwiſchen der Bezahlung einer Summe und der Erbauung eines Hauſes ſey, und ſtimmt daher der Meinung Julians bey, daß der Gläubiger nicht die ganze Summe, ſondern nur das intereſſe loci fordern könne. Die Klage, welche dem

Gläubiger zu dieſem Zweck zuſteht, iſt keine andere, als die actio arbitraria [13]).

Die Condictio de eo quod certo loco fällt übrigens weg,

1) wenn an dem beſtimmten Zahlungsorte geklagt wird [14]).

2) Wenn der Gläubiger das Geld an einem andern Orte freywillig und ohne Proteſtation annimmt. Denn dadurch hat er ſich des Rechts, Schadloshaltung zu fordern, begeben [15]). Auch kann

3) der Richter zuweilen den Kläger an den beſtimmten Zahlungsort verweiſen, und den Beklagten gegen Cautionsleiſtung abſolviren, daß er dort wirklich Zahlung leiſten werde. Die Billigkeit, welche der Richter vorzüglich bey dieſer Klage zur Richtſchnur nehmen muß, bringt zuweilen ein ſolches Verfahren mit ſich. Denn es kann z. B. ſeyn, daß der Schuldner an dem beſtimmten Zahlungsorte das Geld ſchon deponirt hat, oder daß es ihm ſonſt daſelbſt leichter ſey, als anderwärts Zahlung zu leiſten. Nun darf der Richter den Schuldner nicht weiter beläſtigen, als es die Entſchädigung des Gläubigers erfordert. Es gehört hierher

13) S. *Ant.* FABRI Rational. in Pand. ad h. §. 7. L. 2. D. h. t. pag. 469. *Ger.* NOODT Comm. ad Dig. h. t. pag. 309. §. *ſubveni.* *Io.* VOET Comm. in Pand. h. t. §. 7. und *Greg.* MAJANSII Disp. de Adjecto ſolutionis gratia. Disp. VIII. §. 26. (Vol. I. *Disputation. iur. civ.* pag. 160.)

14) *L. 4. pr. D. h. t.*

15) *L. ult. in fin. D. h. t.* LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 11. und *de* COCCEJI iur. civ. controv. h. t. Qu. 6.

hierher die Stelle aus Ulpians *libro* 27. *ad Edictum in L.* 4. §. 1. *D. h. t.* wo Ulpian ſagt: Interdum iudex, qui ex hac actione cognoscit, cum ſit arbitraria, abſolvere reum debet, *cautione ab* ... *exacta de pecunia ibi ſolvenda, ubi promiſſa eſt* [16]). Quid enim, ſi ibi

Z 5 vel

16) *Ant.* FABER Rational. in Pand. ad L. 4. §. 1. D. h. t. und Conjecturar. iur. civ. Lib. XV. cap. 2. pag. 484. hält dieſe Worte für einen Tribonianismus, wenn er auch übrigens die Billigkeit anerkennt, den Beklagten aus den angeführten Gründen zu abſolviren. Nur die Nothwendigkeit einer Cautionsleiſtung will ihm nicht einleuchten. Allein daß dieſe allerdings nöthig ſey, erhellet daraus, weil ja dem Kläger, wenn der Beklagte von der Klage loßgeſprochen iſt, keine actio iudicati gegen denſelben zuſteht; der Anſtellung der erſten Klage aber die exceptio rei iudicatae entgegen ſtehen würde. Zwar wird am Zahlungsorte nicht die actio arbitraria, ſondern die actio directa angeſtellt, und nur von der erſtern iſt der Beklagte entbunden worden. Allein die actio arbitraria iſt ja nur ein Beyſatz der Hauptklage, und überdem hat die exceptio rei iudicatae Statt, wenn das Nämliche, obgleich mit verſchiedenen Klagen, gefordert wird. *L.* 5. *D. de except. rei iudic.* Es iſt auch endlich gar nicht ungewöhnlich, daß dem Beklagten eine Cautionsleiſtung auferlegt wird, wenn er von der angeſtellten Klage entbunden werden ſoll. Man ſehe *L.* 16. *§.* 3. *D. de pign. et hyp. L.* 47. *§.* 3. *L.* 69. *§. ult. D. de legat.* 1. *L.* 14. *§.* 5. *et* 11. *D. Quod met. cauſ. L.* 21. *D. de Rei vind. L.* 16. *pr. D. de heredit. petit. L.* 25. *§.* 3. *D. Solut. matrim. L.* 21. *§.* 3. *D. de aedilit. edicto. L.* 5. *§. ult. D. ad Exhibend. L.* 5. *§.* 2. *et* 3. *D. de cond. cauſ. dat. L.* 8. *§. ult. D. Mand.* Eben dies hat auch ſchon CUJACIUS Lib. 21. Obſervation. cap. 30. bemerkt, und *Iuſt.* MEIER Ενδοξων Iuſtinianeor. ſ. Disputation. apologeticar. iur. civ. Decad. IV. Cap. 7. hat den Anton Faber ausführlich widerlegt.

vel oblata pecunia actori dicatur, vel depoſita, vel ex facili ſolvenda? Nonne debebit interdum abſolvere? In Summa, aequitatem quoque ante oculos habere debet iudex, qui huic actioni addictus eſt [17]).

## §. 848.

### Heutiger Gebrauch dieſer Condiction.

Ueber den heutigen Gebrauch der condictio de eo quod certo loco urtheilen unſere practiſchen Rechtsgelehrten ſehr verſchieden. Einige ſetzen denſelben dergeſtalt als bekannt voraus, als ob davon gar keine weitere Frage ſeyn könne. Man vergleiche z. B. **Lauterbach** [18]) und **Schmidt** [19]). **Quirinus Schacher** [20]) giebt uns ſogar ein Formular zur Einrichtung der Klagſchrift. Andere hingegen bezweifeln den heutigen Nutzen dieſer Klage gänzlich, weil ſelbſt die

17) *Fr.* DUARENUS in Comm. ad h. Tit. cap. 2. in fin. *Oper.* pag. 925. meint, es müſſe ſtatt addictus vielmehr *additus* geleſen werden. Denn die Alten hätten addere iudicem iudicio geſagt. *L. 39. pr. D. de iudic.* Daher lieſet auch Haloander *additus eſt.* Allein eine Aenderung der Leſeart iſt hier ganz unnöthig. Der Ausdruck *addicere iudicem* iſt viel gewöhnlicher. Man ſ. MACROBIUS *Saturnal. I. 16. L. 80. D. de iudic. L. 59. §. ult. D. ad Sctum Trebell.* Selbſt in der von Duaren citirten *L. 39. D. de iudic.* heißt es ausdrücklich *iudex addicitur.* Vergleiche den 6. Th. dieſes Commentars §. 499. S. 168. und meine *Opuſcula* Faſcic. II. pag. 366. et pag. 392.

18) Colleg. th. pr. Pand. h. t.

19) Lehrbuch von Klagen §. 1389.—93.

20) Colleg. Practic. ad Pand. h. t. pag. 145.

die Römer ſie bey den bonae fidei Geſchäften für unnöthig hielten; diejenigen Klagen aber, welche bey den Römern ſtricti iuris waren, heutzutage von den actionibus bonae fidei nicht mehr unterſchieden wären. So Böhmer [21]), Beyer [22]), und Schaumburg [23]). Noch andere unterſcheiden mit Stryk [24]), ob von dem Gebrauche der Klage an ſich, oder von den Grundſätzen die Rede ſey, welche das Römiſche Recht dem Richter bey der Beſtimmung des Intereſſe wegen des Zahlungsorts vorſchreibt. Jener falle heutzutage weg, weil die aus dem eingegangenen Hauptgeſchäfte entſpringende Klage ſchon an ſich hinreiche, um damit das intereſſe loci zu erhalten. Die letzteren hingegen dienten dem Richter auch noch jetzt zur Norm. So unterſcheidet auch Hellfeld. Am Ende läuft wohl alles auf einen bloßen Wortſtreit hinaus, wie der große Johann Schilter [25]) ſehr richtig urtheilt. Certum eſt, ſagt er, in noſtro foro perinde eſſe, ſive quis *directa*, ſive *utili* actione agat. Nec enim nomen *purae* ſive directae, aut *utilis*, vel arbitrariae eſt exprimendum: porro effectus inſtitutae actionis et implorati officii iudicis haud mercenarii utique noſtro libellandi more committitur arbitrio iudicis. Im Grunde iſt denn doch die condictio de eo quod certo loco keine neue, ſondern die aus dem eingegangenen Geſchäft entſpringende Klage,

21) Doctr. de actionib. Sect. II. cap. V. §. 53.

22) Delineat. iuris civ. poſitionibus compreh. ſec. Pand. h. t. Princip. pag. 280.

23) Compend. iur. Dig. h. t. §. 2.

24) Us. mod. Pand. h. t. §. 1.

25) Prax. iuris Rom. Exercitat. XXIV. §. 69.

Klage, welche hier nach den Grundſätzen des ſtrengen Rechts blos einen Zuſatz erhält, um den Richter in den Stand zu ſetzen, nach ſeinem billigen Ermeſſen derjenigen Parthey das Intereſſe zuſprechen zu können, welche durch die Abänderung des Zahlungsorts einen Schaden leidet. Ob man dieſe Klage actio directa oder arbitraria nennt, iſt inſofern gleichviel, als wir die Klage vor Gericht nicht mehr bey ihrem Namen nennen. Daß übrigens die Grundſätze des Römiſchen Rechts von der Beſtimmung des Zahlungsortes, und des Intereſſe deſſelben noch jetzt gelten, leidet keinen Zweifel.

---

## Lib. XIII. Tit. V.

# De pecunia conſtituta.

### §. 849.

Erklärung der Benennungen: *conſtituere*, *pecunia*, *conſtitutum*, *proprium*, und *alienum*; *receptum*, *actio receptitia* und *de conſtituta pecunia*.

Die *actio de conſtituta pecunia* oder *conſtitutoria*, von welcher in dieſem Titel gehandelt wird, iſt eine prätoriſche Klage, die aus einem Vertrage entſpringt, welcher *conſtitutum* genennt wird. Um die Beſchaffenheit dieſes Vertrages, und der daraus entſtehenden Klage richtig einzuſehen, müſſen vor allen Dingen einige hier vorkommende Ausdrücke erklärt werden.

1) Das Wort *conſtituere* bedeutet eigentlich ſoviel, als Etwas mit Ueberlegung beſchlieſſen und gewiß machen [26]). Eine ſolche Ueberlegung und feſte Entſchließung wird bey demjenigen angenommen, welcher in Beziehung auf

26) Viele hierher gehörige Stellen aus den Klaſſikern hat *Io. Frid.* GRONOV Obſervation. Lib. I. cap. 1. pag. 12. edit. *Platner*. geſammlet. Man ſehe auch GUNDLING in Gundlingian. Stück 20. Nr. IV. §. 4. ſqq. pag. 480. und *Ev.* OTTO in Comm. ad §. 8. I. de actionib.

auf eine ſchon vorhandene Schuldverbindlichkeit Zahlung zu leiſten verſpricht. Denn Zahlung ſetzt immer das Daſeyn einer Schuld voraus. Wer alſo Zahlung verſpricht, erkennt auch dadurch die Schuld ſelbſt als richtig an. Daher heißt nun *conſtituere* im rechtlichen Sinn ſoviel, als mit bloßen Worten, und ohne Stipulation, verſprechen, daß man eine gewiſſe Schuld bezahlen wolle, es beziehe ſich nun dieſes Verſprechen entweder auf die eigene Schuld des Conſtituenten, oder auf eine fremde Schuld [27]). In dieſer Bedeutung wird das Wort *conſtituere* hier genommen. Der Prätor ſagt in ſeinem Edict *L.* 1. §. 1. *D. h. t. Qui pecuniam debitam conſtituit;* und noch deutlicher lehrt **Juſtinian** §. 9. *I. de actionib. De conſtituta pecunia* cum omnibus agitur, *quicunque pro ſe vel pro alio ſoluturos ſe conſtituerint, nulla ſcilicet ſtipulatione interpoſita*, nam alioqui ſi *ſtipulanti* promiſerint, *iure civili* tenentur.

2) Das Wort *pecunia* hat hier eine ſehr ausgedehnte Bedeutung, und wird für eine jede Sache genommen, welche der Gegenſtand einer Verbindlichkeit ſeyn kann, ſie ſey von welcher Art ſie wolle, eine körperliche oder unkörperliche, eine bewegliche oder unbewegliche, eine fungible oder nicht fungible [28]); wenn auch die Sache nicht mehr exiſtirt, wofern ſie nur nach eingetretener mora zu Grunde gieng, weil hierdurch die Verbindlichkeit perpetuirt worden

27) BRISSONIUS de Verbor. Signif. voc. *Conſtituere*, und *Franc.* DUARENUS in Comm. ad hunc Tit. Cap. 1. *Operum* pag. 928.

28) *L.* 2. *Cod. de conſtit. pecun.* verglichen mit *L.* 5. *L.* 23. *L.* 178. *L.* 222. *D. de Verb. Signif.*

worden iſt [29]). Ja es werden hier auch ſogar facta darunter begriffen [30]).

3) Nach der Strenge des Römiſchen Rechts hatte aus einem pacto nudo bekanntermaſſen keine Klage Statt, wenn das Verſprechen nicht durch eine feyerliche Stipulation war bekräftiget worden. Die bloße Zuſage, daß man dem Andern etwas leiſten wolle, wirkte an ſich keine klagbare Verbindlichkeit, wenn ſie auch noch ſo oft war wiederholt worden [31]). War hingegen die wiederholte Zuſage in Beziehung auf eine ſchon vorhandene Verbindlichkeit geſchehen, ſo hielt es der Prätor der natürlichen Billigkeit gemäß, aus einem ſolchen Verſprechen eine Klage zu geſtatten, weil unter dieſen Umſtänden eine Uebereilung auf Seiten

29) *L. 21. pr. D. h. t.* Promiſſor Stichi, poſt moram ab eo factam, mortuo Sticho, ſi conſtituerit, ſe pretium eius ſoluturum, tenetur. — *L. 23. D. eodem.* Promiſſor hominis, homine mortuo, cum per eum ſtaret, quominus traderetur, etſi hominem daturum ſe conſtituerit, de conſtituta pecunia tenebitur, ut pretium eius ſolvat.

30) *L. 14. §. 1. et 2. L. 16. §. 2. et fin. L. 17. L. 21. §. fin. L. 23. D. h. t.* S. VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 4. Auch facta aliena können der Gegenſtand eines Conſtitutums ſeyn, inſofern man überhaupt darüber paciſciren kann. *L. 38. §. 2. D. de Verb. obligat. §. 3. I. de inutil. ſtipulat. L. 14. §. 2. D. h. t.* S. *Ern. Frid.* SCHROETER Diſſ. de conſtituto conventionali ſeu obligatorio. *Ienae 1664.* Th. 16.

31) *L. 14. Cod. de pactis.* S. *Petr.* GRANGIANUS Paradox. iuris civ. cap. 38. (in *Ev.* OTTONIS *Theſ. iur. Rom.* Tom. V. pag. 632.) BACHOVIUS ad *Weſenbecii* Paratitla Pand. h. tit. nr. 4. pag. 255. et ad *Treutlerum* Vol. I. Disp. 23. Th. 7. lit. G.

Seiten des Promittenten nicht wohl mehr angenommen werden konnte, vielmehr der ernſtliche und überlegte Wille, ſich verbindlich zu machen, hierdurch nun auſſer allem Zweifel geſetzt war [32]). Daher ſagt Ulpian *L.* 1. *pr. D. h. t.* Hoc Edicto Praetor favet naturali aequitati, qui conſtituta ex conſenſu facta cuſtodit, *quoniam grave eſt, fidem fallere.* Hieraus entwickelt ſich nun der richtige Begriff vom *Conſtitutum* [33]), worunter alſo ein durch das prätoriſche Recht beſtätigter Vertrag verſtanden wird, wodurch Jemand, etwas namentlich zur Erfüllung einer ſchon vorhandenen Verbindlichkeit leiſten zu wollen, ohne Stipulation verſpricht [34]), und dieſes iſt von zweyerley Art, entweder *conſtitutum proprium* ſ. *debiti proprii*, wenn ſich das Verſprechen auf die eigene ſchon vorhandene Schuldverbind-

32) S. *Ulr.* HUBERI Eunom. Rom. ad L. 1. D. h. t. pag. 533. ſq. und PEREZ Praelect. in Cod. Lib. IV. Tit. 18. nr. 2.

33) Man unterſcheide davon das *conſtitutum poſſeſſorium*, wovon oben im 8. Theile dieſes Commentars §. 581. S. 106. gehandelt worden iſt. Zum Unterſchiede wird das *conſtitutum*, von welchem hier die Rede iſt, *obligatorium*, oder *conventionale* genennt. S. *Andr.* MYLII Diſſ. de conſtituto obligatorio. *Lipſiae 1682.* und *Ioa. Caſp.* BRENDEL Diſp. de conſtituto conventionali. *Viteb. 1694.*

34) CUJACIUS in Paratitl. ad h. Tit. RAGUELLUS in Comm. ad Conſtitut. et Deciſ. Iuſtiniani ad L. 2. C. de conſt. pecun. pag. 204. und ZOESIUS in Comm. ad Pand. h. t. §. 3. wollen zwar das conſtitutum zu den benannten Contracten zählen; allein ohne Grund. Man ſehe vielmehr HUBERI Praelect. ad Pand. h. t. §. 2. *Io. Ortw.* WESTENBERG de cauſis obligation. Diſſ. VII. Cap. VI. §. 11. et 12. und *Ant.* SCHULTING Theſ. controv. Decad. XLVII. Th. 1.

verbindlichkeit des Conſtituenten bezieht, deren Erfüllung auf dieſe Art verſichert wird [35]); oder *conſtitutum alienum*, ſ. *debiti alieni*, wenn ſich das Verſprechen auf eine fremde Schuld bezieht, deren Bezahlung der Conſtituent auf den Fall verſpricht, da der Schuldner keine Zahlung leiſten ſollte [36]). Eine Art von conſtitutum war vor Juſtinian auch das *receptum*. Dies war aber ein Inſtitut des Civilrechts, und hatte blos bey Argentarien Statt. Es iſt älter, als das prätoriſche conſtitutum, und hat wahrſcheinlich zu dieſem, wie Noodt [37]) bemerkt, die Veranlaſſung gegeben. Den Ausdruck *recipere* brauchten die Römer unter andern auch dann, wenn Jemand ſich zwar ohne Stipulation, aber doch mit andern dabey üblichen feyerlichen Worten, verbindlich machte, für einen Andern Zahlung zu leiſten [38]). Die Argentarien, von deren Inſtitut ich ſchon an einem andern Orte gehandelt habe [39]), hatten ſich nun das Zutrauen des Publikums in einem ſo hohen Grade erworben, daß ihre bloße Zuſage ohne Stipulation galt. Von dieſem Zutrauen hieng auch freylich

35) Die Geſetze nennen dieſes auch *ſuo nomine* conſtituere. *L. 1. §. 8. D. h. t.*

36) *L. 28. D. h. t.*

37) Commentar. ad Dig. h. t. Princ. Tom. II. *Oper.* pag. 312. Man ſehe auch *Ev.* OTTO und *Ianus a* COSTA in Comment. ad §. 8. I. de Actionib.

38) S. SALMASIUS de modo uſurarum pag. 721. beſonders *Herm.* HUBERT Diſſ. II. de argentariis Cap. 2. §. 1. (in *Ger.* OELRICHS *Theſ. Diſſertat. iuridic. Belgicar.* Vol. II. Tom. I. pag. 120.)

39) S. den 12. Th. dieſes Commentars §. 786. S. 125. ff.

freylich die Dauer und Exiſtenz ihres ganzen Inſtituts ab. Daher muſte ihnen ſolches die Geſetzgebung ſelbſt ſichern, wenn der Zweck dieſes Inſtituts, nämlich Belebung des Credits und Hemmung des Wuchergeiſtes, vollkommen erreicht werden ſollte 40). Wenn nun alſo dieſe Argentarien ihren Kunden ohne Stipulation verſprachen, ihnen dafür zu ſtehen, daß ſie dasjenige, was dieſer oder jener ihnen ſchuldig war, zur beſtimmten Zeit und an dem beſtimmten Orte bezahlt erhalten ſollten; z. B. *Quae Sempronius tibi debet ex mutuo, ea ego recipio*, oder *ea penes me habes*; ſo hieß ein ſolches Geſchäft *receptum* 41). Der Unterſchied zwiſchen dieſem und dem prätoriſchen conſtitutum beſtand darin. Das *conſtitutum* hatte nur bey fungiblen Sachen Statt, in welchen auch ein Darlehn gegeben wurde;

40) S. Grolmans Magazin für die Philoſophie u. Geſchichte des Rechts 1. Band S. 319. ff.

41) Wenn Ulpian *L. 6. §. 3. D. de Edendo* ſagt: Sed et quod *ſolvi conſtituit*, ARGENTARIUS edere debet: *nam et hoc* EX ARGENTARIA *venit*, ſo erhellet hieraus, daß es ein Hauptgeſchäft der Argentarien geweſen ſey, durch das receptum den Gläubiger gegen die Gefahr, es mit unſichern Schuldnern aufnehmen zu müſſen, zu decken. Es iſt merkwürdig, daß hier der Ausdruck *conſtituere* auch von Argentarien gebraucht wird. SALMASIUS hält zwar c. l. pag. 722 das Wort *conſtituit* für einen Tribonianismus, und glaubt Ulpian habe: *recepit*, geſchrieben. Allein ohne Grund. Denn auch das *receptum* war eine Art von *conſtitutum*, wie Theophilus in Paraphr. graeca ad §. 8. I. de actionib. lehrt. Man ſehe auch HUBERT cit. Diſſertat. II. de argentariis veterum Cap. II. §. 2. und *Gregor.* MAJANSII Diſput. de Edendo §. 25. (in EIUS *Diſputat. iuris civ.* Tom. II. pag. 225.)

wurde; das *receptum* hingegen konnte alle Arten von Sachen, bewegliche und unbewegliche, zum Gegenſtande haben. Denn der Geſchäftskreis der Argentarien erweiterte ſich in der Folge ſehr. Sie beſorgten Kauf- und Tauſchgeſchäfte [42]); auch ſtanden ſie den öffentlichen Verſteigerungen vor, und trieben die rückſtändigen Auctionsgelder von den Käufern bey [43]). Daher wurden bey ihnen Sachen aller Art deponirt, weil ſie gleichſam publicae fidei ſequeſtres waren [44]). Ferner das *conſtitutum* ſetzte immer eine ſchon exiſtirende Schuld voraus. Ein receptum hingegen konnte auch für eine ſolche Schuld eingegangen werden, welche jetzt noch nicht vorhanden war, ſondern noch von zufälligen Umſtänden abhing. Z. B. ein Argentar verſprach für Jemanden auf den Fall, daß derſelbe eine gewiſſe Sache kaufen würde, das Kaufgeld zu bezahlen [45]). Auch die Klage aus beyden Geſchäften war ganz verſchieden. Die Klage aus dem prätoriſchen conſtituto hieß *actio de conſtituta pecunia*, oder *de conſtituto*, auch *actio conſtitutoria*; die aus dem recepto hingegen *actio recepticia* [46]). Die letztere war eine actio civilis, und hatte nur gegen einen Argentar Statt, welcher mittelſt derſelben,

 wenn

42) *L. 18. pr. D. de heredit. petit.*

43) CICERO *Orat. pro Caecinna.* Cap. 6. CUJACIUS Obſervation. Lib. X. cap. 14. und *Chr. Frid.* JÜNGER Commentat. de auctionibus vet. Romanor. *Chemnitz 1752.* §. 10.

44) SALMASIUS de modo uſurarum pag. 722.

45) *Hub.* GIPHANIUS in Explanat. difficil. et celebrior. LL. Cod. ad L. 2. de conſtit. pecun. pag. 248. ſq. und *Iac.* CUJACIUS Recitat. ſolemn. in Cod. ad Tit. de conſtituta pecunia.

46) Juſtinian gedenkt dieſer Klage in *§. 8. I. de Actionib.*

wenn dem recepto gemäß keine richtige Zahlung erfolgt war, ſofort belangt werden konnte, ohne den Hauptſchuldner erſt ausklagen zu dürfen [47]). Erſtere hingegen war eine actio praetoria, welche zwar gegen jeden Conſtituenten Statt hatte, allein nur auf fungible Sachen ging. Ferner die actio receptitia war eine actio perpetua, die actio conſtitutoria aber war in gewiſſen Fällen nur annalis. Theophilus hat in ſeiner griechiſchen Paraphraſe der Inſtitutionen [48]) den Unterſchied zwiſchen beyden Klagen ſehr genau angegeben, wenn er nach der lateiniſchen Ueberſetzung des Reitz ſagt: Erat autem olim huic *pecuniae conſtitutae actioni* ſimilis etiam ACTIO RECEPTITIA, quae competit *argentario reſpondente et conſtituente.* Et receptitiae quidem actionis ac pecuniae conſtitutae convenientia haec eſt, quatenus utraque *ex conſtituendo* naſcitur: differentia autem, quod *pecuniae* quidem *conſtitutae actio* in quovis alio conſtituente locum habeat, *receptitia* autem in ſolo argentario. Et altera eſt differentia, quod *pecuniae* quidem *conſtitutae actio* locum habeat, quando conſtituuntur, quae pondere, numero, menſura conſtant; ſed *receptitia*, qualecumque, quod debetur, fuerit, ſive mobile ſive immobile, conſtituente argentario, inſtitui poteſt. Itaque *pecuniae conſtitutae actio* perſonis

47) Hatte Jemand einem Argentar für einen Andern Zahlung zu leiſten conſtituirt, ſo konnte derſelbe den Conſtituenten eher nicht belangen, als wenn er zuvor den Hauptſchuldner ausgeklagt hatte. S. CUJACIUS in Recitat. ſolemn. ad Tit. Cod. de conſtit. pecun.

48) Paraphr. graec. Lib. IV. Tit. 6. §. 8. pag. 797. edit. *Reitz.*

nis quidem ampliatur, namque quilibet conſtituit; ſed rebus coarctatur, ſola enim, quae ſunt ponderis, numeri, menſurae, conſtituuntur: *receptitia* autem e diverſo coarctatur perſonis, nam ſolus argentarius ea tenetur; ſed ampliatur rebus, quaelibet enim debita in ſe recipit.

Allein Kaiſer Juſtinian hob die *actio receptitia* auf, und gab der *actioni de pecunia conſtituta* nun auch in Anſehung des Gegenſtandes und der Dauer eben diejenige Ausdehnung, welche jene Klage gegen die Argentarien hatte. Dem conſtituto legte er zwar die Wirkung der Stipulation bey, jedoch ſollte daſſelbe darin ſeine urſprüngliche Natur behalten, daß die Eingehung deſſelben keine feyerlichen Worte erfordert, auch eine wirklich ſchon exiſtirende Schuld voraus ſetzt, wenn beydes gleich beym recepto anders war, und die daraus entſpringende Klage, welche denn auch eine prätoriſche Klage nach wie vorhin bleibt, ſowohl active als paſſive auf die Erben übergeht. Nur wenn gegen einen Argentar de conſtituta pecunia geklagt wird, ſoll alles beym Alten bleiben, ſo wie es bisher beym recepto Rechtens war. Merkwürdig iſt folgende Conſtitution des Kaiſers Juſtinian.

*L. 2. Cod. de conſtit. pecunia.*

*Receptitia actione* ceſſante, quae ſolennibus verbis compoſita inuſitato receſſit veſtigio, neceſſario nobis viſum eſt, magis pecuniae conſtitutae naturam ampliare [49]). Cum igitur praefata pecuniae conſtitutae

 actio

49) MURETUS ad §. 8. I. de actionib. glaubt die eigentliche Conſtitution, wodurch die actio receptitia aufgehoben worden, ſey

actio in his tantummodo caſibus a veteribus concluſa eſt, ut exigeret res, quae pondere, numero, menſura conſiſtunt, in aliis autem rebus nullam haberet communionem; et neque in omnibus caſibus longaeva eſſet conſtituta, ſed in ſpeciebus certis annali ſpatio concluderetur, et dubitaretur, an pro debito ſub conditione, vel in diem conſtituto eam poſſibile eſſet fieri, et an pure conſtituta pecunia contracta valeret: hac apertiſſima lege definimus, *ut liceat omnibus conſtituere non ſolum res, quae pondere, numero, menſura conſiſtunt, ſed etiam alias omnes, ſive mobiles, ſive immobiles, ſive ſeſe moventes, ſive inſtrumenta, vel alias quascunque res, quas in ſtipulationem poſſunt homines deducere: neque ſit in quocunque caſu annalis: ſed ſive pro ſe quis conſtituat, ſive pro alio, ſit et ipſa in tali vitae menſura, in qua omnes perſonales actiones poſitae ſunt, id eſt, in annorum metis triginta: et liceat pro debito pure, vel in diem, vel ſub conditione conſtitui: et non abſimilem penitus ſtipulationi habeat dignitatem, ſuis tamen naturalibus privilegiis minime defraudata ſit, ſed et heredibus et contra heredes competat: ut neque receptitiae actionis neque alio indigeat respublica in huiusmodi caſibus adminiculo, ſed ſit pecuniae conſtitutae actio per noſtram conſtitutionem ſibi in omnia ſufficiens: ita tamen, ut hoc ei inhaereat, ut pro iam debito fiat conſtitutum: cum ſecundum antiquam receptitiam actionem res exigebatur, etiam ſi quid non fuerat debitum: cum ſatis abſurdum, et tam noſtris temporibus, quam iuſtis legibus con-*

ſey verlohren gegangen, und hier werde ſich blos darauf bezogen.

*contrarium ſit, permittere per actionem receptitiam res indebitas conſequi, et iterum multas proponere condictiones, quae et pecunias indebitas, et promiſſiones corrumpi et reſtitui definiunt. Ut non erubeſcat igitur tale legum iurgium, hoc tantummodo conſtituatur, quod debitum eſt: et omnia, quae de receptitia in diverſis libris Legumlatorum poſita ſunt, aboleantur, et ſit pecuniae conſtitutae actio omnes caſus complectens, qui et per ſtipulationem poſſunt explicari.* § 1. Et neminem moveat, quod ſub nomine *pecuniae* etiam omnes res exigi definiamus: cum et in antiquis libris prudentium, licet conſtituta pecunia nominabatur, tamen non pecuniae tantum per eam exigebantur, ſed omnes res, quae pondere, numero, menſura conſtitutae erant. Sed et poſſibile eſt, omnes res in pecuniam converti: ſi enim certa domus, vel certus ager, vel certus homo, vel alia res, quae expreſſa eſt, in conſtituendis rebus ponatur: quid diſtat a nomine ipſius pecuniae? Sed ut ſubtilitati eorum ſatisfiat, qui non ſenſum, ſed vana nominum vocabula amplecti deſiderant: ita omnes res veniant in conſtitutam actionem, tanquam ſi fuiſſet ipſa pecunia conſtituta: cum etiam veteres *pecuniae* appellatione omnes res ſignificari definiant, et huiusmodi vocabulum, et in libris iuris auctorum, et in alia antiqua prudentia manifeſtiſſime inventum ſit. §. 2. His videlicet, quae argenti diſtractores et alii negotiatores *indefenſe* [50]) *conſtituerint,*



50) *Indefenſe* i. e. ut defendere ac tueri nulla exceptione ſe poſſint. So erklären hier dieſen Ausdruck *Hubert.* GIPHANIUS in Explanat. difficilior. LL. Cod. ad h. L. 2. pag. 250. *Iac.* CUJA-

*erint* [51]), in ſua firmitate ſecundum morem usque adhuc obtinentem durantibus [52]).

Die *actio de conſtituta pecunia*, oder *conſtitutoria* iſt nun alſo diejenige prätoriſche, auf natürliche Billigkeit gegründete, Perſonalklage, welche wider denjenigen, der entweder ſeine eigene, oder eine fremde Verbindlichkeit zu erfüllen durch neue Zuſage verſichert hat, oder auch gegen deſſelben Erben dahin angeſtellet wird, daß Beklagter ſein Verſprechen an dem Orte, oder zu der Zeit, und überhaupt auf die Art, wie ſolches verabredet worden, gehörig erfülle [53]).

CUJACIUS in Recitat. ſolemn. ad Cod. h. t. und *Ian. a* COSTA in Praelectionib. ad illuſtrior. quosdam Tit. locaque ſelecta iur. civ. ad h. L. 2. Cod. pag. 222. Die beyden erſtern wollen dieſe Stelle ſo verſtehen, daß wenn Argentarien für Andere conſtituirt haben, dieſelben belangt werden könnten, ohne ſich mit der exceptione excuſſionis ſchützen zu können, und beziehen ſich auf *Nov. 136.* Allein *Ian. a* COSTA c. l. bemerkt, daß dieſe Stelle auch darauf gehe, was ſonſt wegen einer noch nicht exiſtirenden Schuld beym recepto Rechtens war.

51) Accurſius will dieſe Stelle von den beſondern Statuten der Argentarien und Handelsleute verſtehen, welche Juſtinian hierdurch beſtätiget habe. Allein es iſt kein Grund vorhanden, hier von der Bedeutung des Worts conſtituere abzuweichen, in welcher dieſes Wort in der ganzen Verordnung genommen wird. Schon Raphael Fulgoſius verwarf daher mit Recht dieſe Erklärung.

52) Auf dieſe Conſtitution beruft ſich Juſtinian, wenn er *§. 8. I. de action.* ſagt: Sed ex noſtra conſtitutione, cum et ſi quid plenius habebat, hoc in actionem pecuniae conſtitutae transfuſum eſt, et ea (ſc. *receptitia*) quaſi ſupervacua, iuſſa eſt cum ſua auctoritate a noſtris legibus recedere.

53) S. Schmidts practiſches Lehrbuch von gerichtlichen Klagen

## §. 850.

### Vom conſtituto debiti proprii.

Soviel nun I, das *conſtitutum debiti proprii* ſ. *proprium* anbetrifft, ſo bezieht ſich daſſelbe auf die eigene ſchon vorhandene Verbindlichkeit des Conſtituenten. Hierdurch unterſcheidet ſich dieſes conſtitutum ſowohl von einem *pacto geminato*, ſ. *reiterato*, mit welchem es von vielen vermiſcht wird, als von einer bloßen Ratihabition. Die bloße Wiederholung eines Verſprechens hatte nach Römiſchen Rechten an ſich die Wirkung nicht, die natürliche Verbindlichkeit aus einem pacto nudo in eine klagbare zu verwandeln, wenn ſie nicht in Beziehung auf das vorhergehende Verſprechen und in der Abſicht geſchahe, um die Erfüllung einer anerkannten Verbindlichkeit hierdurch zu verſichern. Nur durch dieſe Beſtimmung iſt das conſtitutum von einem pacto geminato zu unterſcheiden, wie einer unſer erſten heutigen Civiliſten [54]) vortrefflich gezeigt hat. Ueberdem kann ja auch jede Verbindlichkeit, wenn ſie auch nicht aus einem vorhergehenden Verſprechen herrührt, ſondern durch irgend eine andere erlaubte oder unerlaubte Handlung entſtanden iſt, zum Gegenſtande dieſes conſtituti gemacht



gen §. 737. ff. und BOEHMERI Doctr. de actionibus Sect. II. cap. VII. §. 20. ſqq.

54) Weber in der ſyſt. Entwickelung d. Lehre von der natürlichen Verbindlichkeit §. 125. Nur beyläufig warnten *Ev.* OTTO in Comm. ad §. 8. I. de action. und *Ant.* SCHULTING Theſ. controv. Decad. XLVII. Th. 4. in fin. vor einer Vermiſchung des conſtituti mit einem pacto geminato in Beziehung auf *L. 14. C. de pact.*

werden [55]). Nicht nur Ulpian ſagt *L.* 1. *§.* 6. *D. h. t.* Debitum *ex quacunque cauſa* poteſt conſtitui, id eſt, ex quocunque contractu, ſive certi ſive incerti; ſondern eben dieſes beſtätiget auch Paulus namentlich von einer Verbindlichkeit aus Verbrechen, wenn er *L.* 29. *D. h. t.* ſagt: Qui iniuriarum, vel furti, vel vi bonorum raptorum tenetur actione, conſtituendo tenetur. Von einer bloßen Genehmigung unterſcheidet ſich hingegen das conſtitutum darin, daß jene auch bey ſolchen Geſchäften wirkſam ſeyn kann, die an ſich ganz unverbindlich waren, dahingegen das conſtitutum immer eine ſchon vorhandene Verbindlichkeit vorausſetzt, obgleich daſſelbe an ſich allemal eine Genehmigung in ſich ſchließt. Von dieſem conſtituto ſind nun folgende Hauptſätze des römiſchen Rechts zu bemerken.

1) Ein conſtitutum proprium kann jeder eingehen, welcher ſich in Rückſicht ſeines Vermögens auf eine rechtsgültige Art verbindlich machen kann [56]). Daher können auch Frauensperſonen auf dieſe Art conſtituiren [57]); Unmündige hingegen anders nicht, als mit Zuſtimmung des Vormundes [58]). Wenn ein filius-

55) S. LEYSER Meditat. ad Pand. Vol. III. Specim. CLII. nr. 4.

56) S. *Franc.* DUARENUS in Comment. ad h. Tit. cap. 2. VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 3. SCHROETER Diſſ. de conſtituto conventionali. Th. 11. et 12.

57) *L. 1. §. 1. D. h. t.* Et *mulieres* de conſtituta pecunia tenentur, ſi non interceſſerint.

58) *L. 1. §. 2. D. h. t.* De *pupillo*, etſi nihil ſit expreſſum Edicto, attamen ſine tutoris auctoritate conſtituendo non obligatur.

filiusfamilias conſtituirt hat, ſo haftet er nicht nur ſelbſt de conſtituta pecunia, ſondern es kann auch der Vater de peculio belangt werden, nämlich ſoweit das Peculium zureicht [59]).

2) Es ſetzt eine auf irgend eine Art gültige Verbindlichkeit voraus, ſie ſey nun entweder in dem natürlichen, oder bürgerlichen, oder prätoriſchen Recht gegründet. Auch eine blos natürliche Verbindlichkeit iſt hinreichend, wenn ſie nur durch die bürgerlichen Geſetze nicht gänzlich vernichtet iſt. Ulpian ſagt *L.* 1. *§.* 7. *et* 8. *D. h. t.* Debitum autem vel *natura* ſufficit. Sed et is, qui *honoraria actione*, non *iure civili* obligatus eſt, conſtituendo tenetur: videtur enim debitum, et quod *iure honorario* debetur. Et ideo et pater et dominus de peculio obſtricti, ſi conſtituerint, tenebuntur usque ad eam quantitatem, quae tunc fuit in peculio, cum conſtituebatur. Iſt die Verbindlichkeit blos in dem Civilrecht gegründet, ſo darf ſie nicht durch das prätoriſche Recht vernichtet ſeyn, wenn das darüber eingegangene Conſtitutum gelten ſoll. Ulpian lehrt dieſes ebenfalls, wenn er *L.* 3. §. 1. *D. eodem* ſagt: Si quis autem conſtituerit, quod *iure civili* debetur, *iure praetorio* non debebat, id eſt, per exceptionem: an conſtituendo teneatur, quaeritur? Et eſt verum, ut et POMPONIUS ſcribit, eum non teneri: quia *debita iuribus* non eſt pecunia, quae conſtituta eſt. Hieraus iſt

59) *L.* 1. *§.* 3. **D.** *eodem.* Sed ſi *filiusfamilias* conſtituerit, an teneatur, quaeritur? Sed puto verum, et ipſum conſtituentem teneri, et patrem de peculio. S. NOODT Comm. ad Pand. h. t. pag. 312.

iſt nun die Frage zu entſcheiden, ob und in wiefern ein an ſich ungültiges Verſprechen, oder auch ein nicht vollkommen wirkſames Geſchäft durch ein conſtitutum proprium gültig und wirkſam gemacht werden könne [60])? Man hat hier folgende Fälle zu unterſcheiden.

I. Es iſt von ſolchen Geſchäften die Rede, welche nach Vorſchrift der Geſetze ganz ungültig und unwirkſam ſind. Hier iſt es auſſer Zweifel, daß bey ſolchen Geſchäften ein eigentliches conſtitutum nicht Statt finden könne [61]). Denn dieſes iſt ohne eine vorhandene Verbindlichkeit undenkbar. Hactenus conſtitutum valebit, ſagt **Ulpian** *L.* 11. *pr. D. h. t.* ſi, quod conſtituitur, *debitum* ſit. Allein Geſchäfte, welche die Geſetze für völlig ungültig erklären, können in den Gerichten nicht anders behandelt werden, als ob gar keine, mithin auch keine natürliche Verbindlichkeit daraus entſtanden iſt. Es fragt ſich aber, ob nicht wenigſtens durch nachherige Genehmigung das an ſich ungültige Geſchäft verbindlich werden könne? Die Rechtsgelehrten ſind darüber nicht einerley Meinung. Einige [62]) tragen kein Bedenken, dieſe Frage zu bejahen. Andere [63]) hinge-

60) Man ſehe über dieſe Frage vorzüglich **Webers** ſyſt. Entwickelung d. Lehre von der natürlichen Verbindlichkeit. §. 126. u. 127.

61) ZOESIUS Comm. ad Dig. h. t. nr. 5. MYLIUS in Diſſ. de conſtituto obligatorio. Poſit. 8.

62) NETTELBLADT Syſtem. elementar. iurisprud. poſitivae Germanor. §. 129. THIBAUT Syſt. des P. R. §. 83.

63) S. *Io. God.* MEIERI Sched. de iure ratihabitionis. *Gieſſae* *1720.* 4. §. 15.

hingegen ſtellen den ganz entgegengeſetzten Grundſatz auf: actus in ſe plane nulli non poſſunt ratihaberi. Um dieſe verſchiedenen Meinungen zu vereinigen, ſind hier folgende Fälle zu unterſcheiden.

1) Der Grund der Ungültigkeit liegt in einer persönlichen Qualität des Urhebers des Geſchäfts. Dieſer gehört nämlich zu den Perſonen, welche nach Vorſchrift der Geſetze ganz unfähig ſind, über das Ihrige nach Willkühr zu verfügen, und ſich verbindlich zu machen. Hier kann, ſo lange dieſes perſönliche Verhältniß fortdauert, auch die wiederholte Zuſage einer ſolchen Perſon das ungültige Geſchäft nicht gültig machen. Dies iſt der Fall bey Unmündigen, gerichtlich erklärten Verſchwendern, u. d. Hört hingegen jenes Verhältniß auf, ſo können jetzt die wegen der ehemaligen perſönlichen Unfähigkeit unverbindlichen Geſchäfte durch nachherige Genehmigung allerdings verbindlich werden [64]). Ein conſtitutum kann hier darum nicht angenommen werden, weil aus dem ohne vormundſchaftliche Zuſtimmung geſchehenen Verſprechen ſolcher unfähiger Perſonen auch nicht einmal eine natürliche Verbindlichkeit entſteht, die ſie ſelbſt treffen könnte [65]).

2) Das Geſchäft iſt wegen mangelnder freyen Einwilligung desjenigen ungültig, welcher daſſelbe geſchloſſen hat. Es iſt z. B. durch Unwiſſenheit und Irrthum, oder durch Betrug, oder durch widerrechtlichen Zwang veranlaßt

64) S. Weber a. a. O. §. 127.

65) *L. 41. D. de condict. indeb. §. 3. I. Quib. mod. obligat. tollit.*

laſst worden. Daß ein ſolches Geſchäft in der Folge durch freywillige Genehmigung gültig werden könne, leidet keinen Zweifel [66]).

3) Das Geſchäft iſt wegen fehlender geſetzlichen Form an ſich nichtig. Hier kann zwar die nachher erfolgte Genehmigung das ungültige Geſchäft nicht gültig machen. Denn die Form eines rechtlichen Geſchäfts iſt iuris publici, und hängt, wie Ziegler [67]) ganz richtig bemerkt, nicht von der Willkühr derjenigen ab, welche das Geſchäft ſchließen. Daher iſt es eine ganz allgemeine Regel, welche Paulus *L. 29. D. de div. reg. iur.* giebt, Quod initio vitioſum eſt, non poteſt tractu temporis convaleſcere, welche nicht blos auf Teſtamente, ſondern auch auf Contracte geht, wie Jacob. Gothofredus [68]) und Joſeph Averanius [69]) ſehr ausführlich gezeigt haben. Allein die nachherige freywillige Anerkennung, welche von demjenigen geſchehen iſt, welcher die Handlung als nichtig hätte anfechten können, kann dennoch Verbindlichkeiten begründen, und auch ſelbſt bey letzten Willensverordnungen von wichtigen Folgen seyn [70]), ſo wahr auch übrigens der Grundſatz bleibt,

66) *L. 2. et 4. Cod. de his, quae vi metusve cauſ. geſt. ſunt.* HOFACKER Princip. iuris civ. Rom. germ. Tom. I. §. 208.

67) Diſſ. de ratihabitione §. 14.

68) Commentar. in Tit. Pand. de div. reg. iuris ad L. 29. D. h. T. pag. 169. ſq.

69) Interpretation. iur. Lib. IV. cap. 22.

70) *L. 16. §. 1. Cod. de teſtam. L. 23. C. de fideicomm. L. ult. Cod. ad L. Falcid.* Irrig leitet ſie VOET in Comm. ad Pand. h. t.

bleibt, daß ein gleich anfangs ungültig errichtetes Teſtament in der Folge nie, auch nicht durch Billigung der Inteſtat-Erben, gültig werden könne [71]).

4) Das Geſchäft iſt wegen eines geſetzlichen Verbots durchaus ungültig. Ein ſolches unerlaubtes und verbotenes Geſchäft kann durch keine wiederholte Zuſage oder Genehmigung gültig werden, noch Jemandem ein Recht geben, auf die Erfüllung deſſelben zu klagen. Daher iſt z. B. in Anſehung verbotener Spielſchulden, unerlaubten Zinswuchers, des commiſſoriſchen Vertrags bey Verpfändungen, und ähnlicher verbotener Geſchäfte jede freywillige, wenn gleich noch ſo oft wiederholte Anerkennung ganz ohne Wirkung, weil das Object, der nachherigen Anerkennung ungeachtet, doch immer die Eigenſchaft behält, daß es einem geſetzlichen Verbote zuwider iſt [72]). Ganz anders verhält ſich hingegen die Sache, wenn

II. von ſolchen Geſchäften die Rede iſt, die zwar nicht ganz unverbindlich, aber doch im Wege Rechtens nicht vollkommen wirkſam ſind. Solche Geſchäfte können durch ein Conſtitutum allerdings vollgültig und klagbar werden. Man ſetze z. B. das Klagrecht das Gläubigers wäre durch Ver-

h. t. §. 5. aus einem conſtituto her. Man ſehe *Barth.* CHESII Different. iuris. Cap. 46. (in *Iurisprud. Rom. et Attic.* Tom. II. pag. 762. ſqq).

71) S. AVERANII Interpretat. iur. Lib. I. cap. 10. GRUPEN Disceptat. for. cap. 5. HOFACKER Princip. iur. civ. T. II. §. 1339. und THIBAUT Syſt. des Pand. Rechts II. B. §. 808. not. a.

72) S. Weber a. a. O. §. 127. S. 561. f.

Verjährung erloſchen; da hier dennoch die natürliche Verbindlichkeit des Schuldners fortdauernd bleibt [73]), und dieſe ſchon zum Conſtitutum genügt [74]), ſo wird, wenn der Schuldner gleichwohl nach vollendeter Verjährung die Bezahlung verſpricht, durch dieſe neue Anerkennung der Schuld das erloſchene Klagerecht des Gläubigers ohne allen Zweifel wiederhergeſtellet [75]). Inſofern jedoch der Grund der beſchränkten Gültigkeit des Geſchäfts in einem perſönlichen Verhältniß des Schuldners liegt, muß freylich die wiederholte Zuſage in der Folge zu einer ſolchen Zeit geſchehen, wo dieſes Verhältniß des Schuldners, und die damit verknüpften Hinderniſſe der gerichtlichen Vollgültigkeit des Geſchäfts bereits aufgehört hatten. Wenn daher Jemand während der väterlichen Gewalt ohne Wiſſen ſeines Vaters Geld aufborgt, ſo kann ein ſolches Darlehn nur erſt nach Aufhebung derſelben durch ein Conſtitutum die völlige Wirkung der Klagbarkeit erhalten [76]).

Uebrigens iſt zur Gültigkeit des Conſtitutums ſchon genug, wenn nur zu der Zeit, da das Zahlungsverſprechen geſchahe, wirklich eine Schuld vorhanden war. Geſetzt alſo die Klage, welche dem Gläubiger ſeiner Forderung wegen damalen zuſtand, wäre nachher durch Verjährung erloſchen, weil ſie eine bloße temporelle Klage war, man denke ſich z. B. die actio redhibitoria oder actio iniuriarum; ſo bleibt dennoch das Conſtitutum gültig, weil die

daraus

73) *L. 19. pr. D. de condict. indeb.*

74) *L. 1. §. 7. D. h. t.*

75) FRANTZKE Commentar. in Pand. h. t. nr. 15.

76) *L. 2. C. ad Sctum Macedon.*

daraus entſtehende Klage eine actio perpetua iſt [77]). Denn man ſieht auch hier auf den Anfang des Geſchäfts. Hierher gehört die Stelle Ulpians *L.* 18. §. 1. *D. h. t.* wo er ſagt: Quod adjicitur: *eamque pecuniam, cum conſtituebatur, debitam fuiſſe*, interpretationem pleniorem exigit. Nam primum illud efficit, ut ſi quid tunc debitum fuit, cum conſtitueretur, nunc non ſit, nihilominus teneat conſtitutum: quia retrorſum ſe actio refert. Proinde temporali actione obligatum conſtituendo, CELSUS et JULIANUS ſcribunt teneri debere: licet poſt conſtitutum dies temporalis actionis exierit. Quare et ſi poſt tempus obligationis ſe ſoluturum conſtituerit, adhuc idem JULIANUS putat: quoniam eo tempore conſtituit, quo erat obligatio, licet in id tempus, quo non tenebatur. Nach eben dieſem Princip iſt auch der Fall zu entſcheiden, welchen Paulus *L.* 19. §. 2. *D. eod.* vorträgt, nämlich wenn der Vater dem Gläubiger ſeines Sohns die Bezahlung einer Schuld conſtituendo zuſichert, weshalb dem Letztern gegen den Vater die actio de peculio zuſtand. Geſetzt das Peculium, in Rückſicht deſſen der Vater eigentlich nur für die Schuld ſeines Sohnes haften dürfte, wäre auch nachher vermindert worden, oder gar zu Grunde gegangen, ſo bleibt dennoch die Verbindlichkeit des Vaters ex conſtituto fortdauernd, ſo wie ſie zur Zeit des geſchehenen Zahlungsverſprechens durch die damalige Beſchaffenheit des Peculiums begründet war. Paulus ſagt: Si pater vel dominus conſtituerit ſe ſoluturum, quod fuit in

77) DUARENUS in Comm. ad h. Tit. cap. 2. pag. 930. und *Ant.* FABER Rational. in Pandect. ad L. 18. §. 1. D. h. t.

in peculio, non minueretur peculium eo [78]), quod ex ea cauſa obſtrictus eſſe coeperit: et licet interierit peculium, non tamen liberatur. Die actio conſtitutoria nimmt alſo hier nicht die Natur der actionis de peculio an.

Es hat auch endlich keinen Zweifel, daß ſowohl eine bedingte, als eine noch nicht betagte Schuld, der Gegenſtand des Conſtitutums ſeyn könne, wie ebenfalls **Ulpian** lehrt, wenn er *L.* 3. §. 2. *D. h. t.* ſagt: Si is, qui et iure civili et praetorio debebat, *in diem* ſit obligatus, an conſtituendo teneatur? Et LABEO ait, teneri conſtitutum: quam ſententiam et PEDIUS probat: et adjicit LABEO, vel propter has potiſſimum pecunias, quae nondum peti poſſunt, conſtituta inducta: quam ſententiam non invitus probarem, habet enim utilitatem, ut ex die obligatus, conſtituendo ſe eadem die ſoluturum, teneatur. Bey einer bedingten Schuld ſcheint es zwar vor **Juſtinian** ſtreitig geweſen zu ſeyn; der Zweifelsgrund lag darin, weil, ſo lange die Bedingung nicht exiſtirt, weder eine obligatio noch actio vorhanden iſt. **Juſtinian** gedenkt dieſer Controvers in der oben angeführten *L.* 2. *C. h. t.* Allein der Zweifel läßt ſich heben, wenn man erwägt, daß die Bedingung, wenn ſie nachher exiſtirt, auf den Anfang des Geſchäfts zurückgezogen wird, nicht anders, als ob daſſelbe von Anfang an unbe-

78) *Ant.* FABER Conjecturar. iur. civ. Lib. XV. cap. 5. will hier leſen: *non minuitur obligatio, licet minueretur peculium*; allein ohne Noth. Man ſehe *Iuſt.* MEIERI Ενδοξων Iuſtinianeor. Decad. IV. cap. 9.

unbedingt geſchloſſen worden wäre [79]). Daher ſagt Paulus *L.* 19 *pr. D. h. t.* Id, quod *ſub conditione* debetur, ſive pure ſive certo die conſtituatur, eadem conditione ſuspenditur: ut exiſtente conditione teneatur; deficiente, utraque actio depereat. Und dies findet nun auch nach *L.* 2. *C. eodem* um ſo weniger einiges Bedenken, je bekannter es iſt, daß ja auch ſchon, während die Bedingung ſchwebt, wenigſtens eine ſpes debitum iri vorhanden iſt, welche der Berechtigte auf ſeine Erben überträgt [80]).

3) Das Conſtitutum erfordert zwar zu ſeiner Form und Gültigkeit nichts, als die Einwilligung der Intereſſenten [81]). Es kann daher, wie jeder andere Vertrag, ſowohl unter Gegenwärtigen, als unter Abweſenden, es ſey durch Briefe, oder Boten, geſchloſſen werden [82]). Es muß aber doch nach der Vorſchrift des römiſchen Rechts deutlich beſtimmt ſeyn, daß der Gläubiger ſeine Bezahlung von dem Conſtituenten erhalten ſolle [83]), gleichviel, ob die Summe der Schuldforderung dabey ausgedrückt wird, oder nicht [84]). Iſt daher nur imperſonaliter geſagt, der Gläubiger ſolle befriediget werden, ohne



79) S. NOODT Commentar. ad Dig. h. t. pag. 315.

80) *§. 4. I. de Verb. obligat.* S. *Ant.* FABRI Rational. in L. 19. pr. D. h. t.

81) *L. 1. pr. D. h. t. Franc.* DUARENI Comment. ad h. Tit. cap. 3. und NOODT Comm. ad Dig. h. t. pag. 314.

82) *L. 14. §. ult. L. 15. D. h. t.*

83) *Fr.* DUARENUS c. l. cap. 4.

84) *L. 14. pr. D. h. t.*

zu beſtimmen, von wem; oder iſt das Conſtitutum ſo eingegangen, daß ein Dritter für den Conſtituenten Zahlung leiſten ſolle, ohne daß jedoch dieſer Dritte ſelbſt ſeine Einwilligung erklärt hat; ſo gilt das conſtitutum nicht [85]), wie folgende Geſetzſtellen beweiſen.

*L.* 5. *§.* 4. *D. h t.* Sed ſi quis conſtituerit, *alium ſoluturum*, non ſe pro alio, non tenetur.

*Nov. CXV. cap. ult.* nach der Hombergkiſchen Ueberſetzung: Praeter ea aliud quoque caput, quod ad *conſtitutam pecuniam*, ſeu promiſſiones ſpectat, hac Lege definiri nobis viſum eſt. Sancimus igitur, ſi quis pro ſe, vel pro alia perſona pecuniam conſtituerit, dicens forte alicui, *ſatis tibi faciam*, ut hic in quantitatem, quam dixit, omnibus modis obligetur, et conſtitutum ſuum impleat, atque debitum ſolvere cogatur. Si quis vero dicat, *ſatis tibi fiet:* hic (cum eiusmodi ſermo ſine mentione perſonae prolatus ſit) tanquam nihil dixerit, ab omni exactione liber ſeruetur. Sin autem quis dicat, *ſatisfiet tibi a me, et ab hoc, et ab illo,* illis quidem, quos nominavit, niſi conſentiant, nullum ex illo ſermone praeiudi-

85) VOET in Comm. ad Pand. h. t. §. 11. in fin. PEREZ Praelect. ad Cod. h. t. nr. 4. MÜLLER ad STRUVIUM Exercit. XVIII. Th. 75. not. β. nr. V. Ein Anderes wäre, wenn aus der vorhergehenden Frage des Gläubigers oder aus andern Umſtänden ganz deutlich erhellet, daß der Conſtituent keinen Andern, als ſich ſelbſt gemeint habe. S. LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 11. STRYK Us. mod. Pand. h. t. §. 5. und *Ant.* SCHULTING Theſ. controv. Dec. XLVII. Th. 5. Daß hier auch auf das iuramentum purgatorium erkannt werden könne, behauptet LEYSER Specim. CLII. medit. 5.

iudicium orietur; ſed nec is, qui id dixit, pro illis perſonis, quas nominavit, exactionem aliquam ſuſtineat: pro ſe vero id, quod ex debito ſecundum leges probato debere apparuerit, pro rata parte ſolum ſolvat. Quodſi dicat, *ſatis tibi fiet a me, vel ab hoc, vel ab illo*, tunc perſonis quidem nominatis ſimili modo non conſentientibus nullum fiat praeiudicium, ille vero, qui hoc conſtituit, integrum debitum ſolvere cogatur: ſi quam autem contra perſonas nominatas putaverit ſibi exactionem competere, hanc contra eas ſecundum leges proponat, et legum auxilio fruatur.

Hat der Conſtituent zwar geſagt, daß Er Zahlung leiſten wolle, aber neben ſich noch eine andere Perſon genennt, von welcher der Gläubiger ebenfalls ſeine Bezahlung erhalten ſolle; ſo unterſcheidet das Geſetz, ob dieſes copulativ oder alternativ geſchehen iſt. Im erſten Fall, wenn z. B. der Conſtituent geſagt hat, Du wirſt von mir und dem Cajus deine Befriedigung erhalten, ſo iſt er nur zu ſeinem Antheil verbindlich; in dem letztern Fall aber, wenn z. B. der Conſtituent geſagt hat, Ich oder Cajus werden Dir die Schuld bezahlen, ſo haftet der Conſtituent allein für die ganze Schuld [86]. Es gehört auch noch hierher die

*Auth.* Si quando *Cod. h t.* Si quando quis pro ſe, vel pro alia perſona pecuniam ſe ſolvere conſtituerit, vel ſpoponderit, ſic dicens: *Satisfaciam tibi,* tene-



86) *Conr.* RITTERSHUSIUS in Iure Iuſtinian. ſ. Expoſit. method. Novellar. P. III. Cap. 5. nr. 9. ſqq.

tenetur pro quantitate, quam promiſit. Sin autem ſic dixerit: *Satisfiet a me, et ab illo et illo*: illis quidem, quos nominavit, non conſentientibus, ſolus pro rata tantum portione perſolvet. Sin autem dixerit: *Satisfiet*, verbo imperſonaliter prolato, non tenebitur. Sin autem ſic dixerit: *Erit tibi ſatisfactum, aut a me aut ab illo;* illo, quem nominavit non conſentiente, ſolus in ſolidum tenebitur.

Das Römiſche Recht erfordert ferner, daß das Conſtitutum mit demjenigen ſelbſt eingegangen werde, dem die Zahlung geleiſtet werden ſoll. Ging alſo das Conſtitutum dahin, daß die Zahlung einem Dritten geleiſtet werden ſollte, ſo war es ungültig, wie Ulpian lehrt, wenn er *L.* 5. §. 5. *D. h. t.* ſagt: Idem, ſi mihi conſtituas, te ſoluturum, teneberis. Quodſi mihi conſtitueris, *Sempronio te ſoluturum*, non teneberis. Auch wenn mit dem Procurator des Gläubigers das Conſtitutum geſchloſſen wurde, ſo galt daſſelbe nur dann, wenn man dem Anwalte ſelbſt, und nicht dem Principal, die Zahlung zu leiſten verſprochen hatte. Auf dieſe Art konnte auch mit dem Vormunde eines Pupillen, mit dem Verwalter einer Perſonengemeinheit, und dem Curator eines Blödſinnigen oder Minderjährigen conſtituirt werden. Hatte hingegen der Schuldner dem Stellvertreter ſeines Gläubigers zugeſichert, daß er nicht ihm, ſondern dem Gläubiger zahlen wolle, ſo galt ein ſolches Conſtitutum eigentlich nach dem ſtrengen Recht nicht, ſondern es war dem Gläubiger nur der Billigkeit wegen eine actio utilis geſtattet *). Alles dieſes beſtätigen folgende Geſetzſtellen.

*L.* 5.

*) S. Grolmans u. von Löhr Magazin für die Rechtswiſſenſchaft und Geſetzgebung. 3. B. 1. Heft. S. 52. f.

*L.* 5. §. 6. *D. h. t.* JULIANUS *libro* 11. *Digeſtorum* ſcribit, procuratori conſtitui poſſe: quod POMPONIUS ita interpretatur, ut ipſi procuratori conſtituas te ſoluturum, non domino.

*L.* 5. §. 7. *D. eod.* Item tutori pupilli conſtitui poteſt, et actori municipum, et curatori furioſi.

*L.* 5. §. 9. *D. eod.* Si actori municipum, vel tutori pupilli, vel curatori furioſi, vel adoleſcentis ita conſtituatur, *municipibus ſolvi*, vel *pupillo*, vel *furioſo*, vel *adoleſcenti*: utilitatis gratia puto dandam municipibus, vel pupillo vel furioſo vel adoleſcenti *utilem actionem.*

Der Grund von dieſem Allen lag in dem Princip des ſtrengen Römiſchen Rechts, daß Niemand durch eine freye Perſon geradezu Rechte und Verbindlichkeiten erwerben könne [87]. Daher mußte immer die obligatio von der Perſon der Contrahenten ihren Anfang nehmen [88]. Hatte man alſo das Geſchäft mit einem Procurator geſchloſſen, ſo konnte nur dieſer actione directa, der Eigenthümer hingegen bloß actione ceſſa oder utili klagen [89]. Dieſe Subtilität fällt jedoch nach unſerm heutigen Recht weg [90].



87) *L.* 73. §. 4. *D. de div. reg. iur.*

88) *L.* 11. *D. de obligat. et action.* S. NOODT Comm. ad Dig. h. t. pag. 314. und *Ant.* SCHULTING Theſ. controv. Decad. XLVII. Th. 8.

89) *Ant.* FABER Rational. in Pand. ad L. 5. §. 6. D. h. t. *Io. Frid.* BOECKELMANN Commentar. in Dig. h. t. §. 7. und de COCCEJI iur. civ. controv. h. t. Qu. 4. et 5.

90) S. Weber von der natürl. Verbindlichkeit §. 89. a. S. 375. ff. der 4. Aufl.

Verſpricht der Schuldner ſeinem Gläubiger durch ein Conſtitutum, daß er ihm oder einem Dritten zahlen wolle; ſo kann zwar Letzterer die Zahlung annehmen, allein nur erſter kann aus dem Conſtitutum klagen. Hat jedoch der Schuldner dem Dritten die Zahlung geleiſtet, ſo iſt er von ſeiner Verbindlichkeit frey. Zwar konnte er, wenn die erſte Stipulation bloß mit dem Gläubiger allein, ohne Adjection eines Dritten, war errichtet worden, nach dem ſtrengen Recht noch actione ex ſtipulatu belangt werden; allein weil doch die Zahlung dem Dritten, mit Einwilligung des Gläubigers, geſchehen war, ſo war der Schuldner immer durch eine Exception gegen die ferneren Anſprüche des Gläubigers gedeckt. Eben dieſes hatte auch in dem Falle Statt, wenn gleich bey der erſten Stipulation ein Dritter ſolutionis cauſa war beygefügt worden, ohne deſſelben beym Conſtitutum weiter zu erwähnen. War hingegen beym Conſtitutum ausdrücklich ausbedungen worden, daß keinem Andern, als dem Gläubiger allein, die Zahlung geſchehen ſolle, ſo wird der Schuldner nicht frey, wenn er dennoch dem Adjectus zahlt, ſondern der Gläubiger kann ihn mit Recht actione de conſtituta pecunia belangen, daß er ihm die Schuld bezahle, und der Schuldner muß ſich mit der condictione indebiti an den halten, welchem er Zahlung geleiſtet hat [91]). Auf dieſe Art laſſen ſich folgende Stellen mit einander vereinigen.

*L.* 8.

91) S. *Ant.* FABRI Rational. in Pand. ad L. 8. 9. et L. 30. D. h. t. *Ant.* SCHULTING Theſ. controv. Dec. XLVII. Th. 10. BACHOV ad *Treutlerum* Vol. I. Disp. XXIII. Th. 11. *Greg.* MAJANSII Diſput. de Adjecto ſolutionis gratia. §. 31. (in EIUSD. *Diſputationib. iuris civ.* Tom. I. pag. 162. ſq.) BOECKEL-

*L.* 8. *D. h. t.* Si vero *mihi*, *aut Titio* conſtitueris te ſoluturum, mihi competit actio. Quodſi, poſteaquam *ſoli mibi* te ſoluturum conſtituiſti, ſolveris *Titio*, nihilominus mihi teneberis [92]).

*L.* 9. *D. eodem.* Titius tamen indebiti condictione tenebitur: ut quod ei perperam ſolutum eſt, ei, qui ſolvit, reddatur.

*L.* 30. *D. h. t.* Si quis duobus pecuniam conſtituerit, *tibi aut Titio*, etſi ſtricto iure propriae actioni [93]) pecuniae conſtitutae manet obligatus, etiamſi Titio ſolverit, tamen per exceptionem adjuvatur.

*L.* 59. *D. de ſolut.* Si ita ſtipulatus ſim, *mibi aut Titio dare ſpondes?* et debitor conſtituerit, *ſe mibi ſoluturum*: quamvis mihi competat de conſtituta actio, poteſt adhuc adjecto ſolvere.



CKELMANN Comm. in Dig. h. t. §. 8. und *de* COCCEJI in iur. civ. controv. h. t. Qu. 6. et 7.

92) Es iſt hier von dem Falle die Rede, wenn ſtipulirt worden: *mibi aut Titio dare ſpondes?*

93) Daß hier nicht von der actione conſtitutae pecuniae, ſondern von der actione ex ſtipulatu die Rede ſey, leuchtet in die Augen. CUJACIUS Obſervation. Lib. XIII. cap. 20. will daher ſtatt propriae actioni vielmehr *priori actioni* leſen. Allein ohne alle Auctorität, und daher mit Recht verworffen von *Barth.* CHESIUS Differentiar. iuris Cap. 44. *Ant.* FABER Conjectur. iuris civ. Lib. V. cap. 3. und *Io. Frid.* BOECKELMANN Commentar. in Dig. h. t. §. 8. Die actio ex ſtipulatu heißt hier *propria actio* in Rückſicht der urſprünglichen Verbindlichkeit, die durch das Conſtitutum beſtärkt worden iſt.

Uebrigens iſt bey Conſtituirung einer Schuldverbindlichkeit die Beſtimmung eines gewiſſen Zahlungstermins nicht nöthig. Ehemals ſtritte man zwar darüber, ob ein Conſtitutum ſine die gelte. Denn die Beſtimmung einer Zahlungsfriſt ſchien dem Conſtitutum ſo eigen zu ſeyn, daß man das tempus conſtitutum dem tempori praeſenti entgegenſetzte [94]). Juſtinian gedenkt dieſer Controvers *L.* 2. *C. h. t.* worin er ſie entſchieden hat. Es iſt aber doch merkwürdig, daß wenn auch das Conſtitutum pure iſt eingegangen worden, dem Schuldner dennoch eine Zahlungsfriſt von wenigſtens zehen Tagen geſtattet werden muß. Eine Hauptſtelle hierüber iſt die *L.* 21. *§.* 1. *D. h. t.* wo Paulus ſagt: Si *ſine die* conſtituas, poteſt quidem dici, te non teneri, licet verba Edicti late pateant; alioquin et confeſtim agi tecum poterit, ſi ſtatim, ut conſtituiſti, non ſolvas: ſed modicum tempus ſtatuendum eſt, *non minus decem dierum*, ut exactio celebretur.

4) Der Nutzen und die Wirkung eines conſtituti proprii beſteht nach dem Römiſchen Recht darin, daß dadurch

a) nicht nur eine Verbindlichkeit, die an ſich nicht vollkommen wirkſam war, klagbar gemacht, ſondern auch

b) die ſchon vorhandene Verbindlichkeit auf mancherley Art abgeändert werden kann, und zwar

α) in Anſehung des Gegenſtandes. Es kann nämlich ſtatt der ſchuldigen Sache eine andere von gleichem Werthe ver-

94) QUINCTILIAN *Declamat.* 280. S. *Ger.* NOODT Commentar. ad Dig. h. t. pag. 315.

verſprochen werden, z. B. ſtatt der ſchuldigen Summe Geldes, Getraide. Ulpian ſagt *L.* 1. §. 5. *D. h. t.* An poteſt aliud conſtitui, quam quod debetur, quaeſitum eſt? Sed cum iam placet, rem pro re ſolvi poſſe, nihil prohibet, et aliud pro debito conſtitui: denique ſi quis centum debens, frumentum eiusdem pretii conſtituat, puto valere conſtitutum. Ein Zweifelsgrund war zwar, daß der Prätor in ſeinem Edict geſagt hatte: *Qui pecuniam debitam conſtituit* [95]); allein da das Conſtitutum kein bloß wiederholtes Verſprechen, ſondern ein Zahlungsverſprechen iſt, und dem Gläubiger mit ſeiner Bewilligung auch etwas Anderes ſtatt des ſchuldigen Objects geleiſtet werden kann, ſo ließ man eine ſolche Uebereinkunft auch beym Conſtitutum gelten [96]). Iſt nun aber ſtatt der ſchuldigen Sache etwas Anderes conſtituirt worden, ſo hängt es nicht vom Schuldner ab, ob er dieſes oder jenes leiſten wolle, ſondern der Gläubiger kann darauf klagen, daß dem Conſtitutum ein Genüge geſchehe. So entſcheidet wenigſtens Papinian *L.* 25 *pr. D. h. t.* wo er ſagt: Illud aut illud debuit, et conſtituit alterum, an vel alterum, quod non conſtituit, ſolvere poſſit, quaeſitum eſt? Dixi, non eſſe audiendum, ſi velit hodie fidem conſtitutae rei frangere. Die ſchuldige Summe hingegen kann durch das Conſtitutum zwar vermindert, aber nicht vergröſſert werden. Si quis centum aureos debens, *ducentos* conſtituat, ſagt Ulpian *L.* 11. §. 1. *D. h. t.* in centum tantummodo tenetur; quia ea

95) *L.* 1. §. 1. *D. h. t.*

96) S. NOODT Comm. ad Dig. h. t. pag. 313. und Ge. FRANTZKE Commentar. in Pand. h. t. nr. 22.

ea pecunia debita eſt. Sed ſi quis viginti debens, *decem* conſtituit ſe ſoluturum, fügt Paulus *L.* 13. *D. eod.* hinzu, tenebitur. Durch das conſtitutum kann ferner

β) die vorhandene Verbindlichkeit auch in Anſehung ihrer zufälligen Beſtimmungen geändert werden. Es kann nämlich dadurch der Zahlungsort abgeändert [97]), ferner der Zahlungstermin verkürzt oder verlängert werden [98]); ja es kann eine Schuld, die noch lange nicht betagt war, dergeſtalt conſtituirt werden, daß ſie jetzt gleich bezahlet werden ſoll [99]). Denn darin beſteht ein beſonderer Nutzen des Conſtitutums, daß dadurch noch unbetagte Forderungen in ſchon jetzt exigibele verwandelt werden können [100]); und kommt der Conſtituent dem Zahlungsverſprechen nicht nach, ſo kann der Gläubiger auch auf das Intereſſe klagen [1]). Noch iſt zu bemerken, daß die Verbindlichkeit des Schuldners bey dem conſtitutum auch durch Bürgen oder Pfand verſtärkt werden kann [2]). Allein eine bedingte Schuld kann dadurch nicht in eine unbedingte verwandelt werden, ſondern das Conſtitutum einer bedingten Schuldverbindlichkeit iſt immer unter der nämlichen Bedingung zu

97) *L. 5. pr. D. h. t.*

98) *L. 4. D. eodem. Barth.* CHESIUS Differentiar. iur. cap. 44. nr. 11. ſqq.

99) *L. 3. §. 2. in fin. h. t.*

100) *L. 3. §. 2. cit.*

1) *Barth.* CHESIUS Differentiar. iur. Cap. 44. nr. 8. et 18. und *Io. Ortw.* WESTENBERG Princip. iuris Dig. h. t. §. 35.

2) *L. 14. §. 1. et 2. D. h. t.*

zu verſtehen, unter welcher die Schuld contrahirt wurde, und verliert ſeine Wirkung, wenn die Bedingung nicht exiſtirt. Zwar kann in dem umgekehrten Falle eine unbedingte Schuld durch das Conſtitutum in eine bedingte umgeſchaffen werden, allein nach der Subtilität des Römiſchen Rechts findet doch auch hier nur eine actio utilis Statt [3]). Beydes beſtätiget Paulus, wenn er *L.* 19. *pr. et* §. 1. *D. h. t.* ſagt: Id, quod ſub conditione debetur, ſive pure, ſive certo die conſtituatur, *eadem conditione ſuspenditur*: ut exiſtente conditione teneatur; deficiente, utraque actio depereat. Sed is, qui pure debet, ſi ſub conditione conſtituat, inquit POMPONIUS, in hunc *utilem actionem* eſſe. Endlich kann auch

γ) die Verbindlichkeit durch das Conſtitutum in Abſicht auf die Perſon des Gläubigers geändert werden. Was ich z. B. dem A. ſchuldig bin, kann ich mit deſſen Einwilligung dem B. conſtituiren. Ulpian ſagt *L.* 5. § 2. *D. h. t.* Quod exigimus, ut ſit debitum, quod conſtituitur, in rem exactum eſt: non utique ut is, cui conſtituitur, creditor ſit: nam et quod ego debeo, tu conſtituendo teneberis: et quod tibi debetur, ſi mihi conſtituatur, debetur. Dahingegen wird

c) die

3) *Ant.* FABER Rational. in Pand. ad L. 19. §. 1. D. h. t. ſucht den Grund hiervon darin, weil die Conſtitute eigentlich dazu eingeführt ſind, um Forderungen, die noch nicht exigibel ſind, hierdurch klagbar zu machen, wie *L.* 3. §. 2. *D. h. t.* ſagt; es ſchien alſo dem Zweck des Inſtituts nicht gemäß zu ſeyn, wenn dadurch eine unbedingte Schuld in eine bedingte verwandelt wurde. Man ſehe auch CHESIUS c. l. nr. 19. und NOODT Comm. ad Dig. h. t. pag. 315.

c) die vorige Verbindlichkeit durch das Conſtitutum nicht aufgehoben. Denn das Conſtitutum als ſolches enthält nie eine eigentliche, oder privative Novation [4]). Dieſes hat dann die wichtige Folge, daß wenn auch nachher, weil z. B. der Gläubiger in mora accipiendi war, die actio conſtitutoria wegfallen ſollte, doch noch immer die alte Klage Statt findet, welche dem Gläubiger vor dem Conſtitutum der Schuld wegen zuſtand [5]). Nach dem neuern Römiſchen Recht hat dieſes auch um ſo weniger einigen Zweifel, da zu einer Novation die deutliche Erklärung der Intereſſenten erfordert wird, daß die vorige Verbindlichkeit aufgehoben ſeyn ſolle [6]). Eine ſolche Aufhebung würde aber offenbar dem Zweck des Conſtitutums widerſtreiten, als welcher vielmehr dahin gehet, die vorige Verbindlichkeit zu beſtätigen. Mit Recht ſetzt daher **Papinian** *L.* 3 § 2. *D. de adminiſtr. rer. ad civitat. pertinent.* die Novation dem Conſtitutum entgegen [7]). Noch eine andere wichtige Folge darf hier nicht mit Stillſchweigen übergangen werden, welche darin beſteht, daß wenn dem Schuldner in Anſehung der erſtern Verbindlichkeit beſondere Rechte, oder Privilegien zuſtanden, ſolche durch das

4) *L. 18. §. 3. L. 28. D. h. t. L. 15. D. de in rem verſo. Barth.* CHESIUS Differentiar. iuris cap. 44. nr. 1. und *Ant.* SCHULTING Theſ. controv. Decad. XLVII. Th. 10.

5) S. *Ger.* NOODT Comm. ad Dig. h. t. Tom. II. *Operum* pag. 316. *Ulr.* HUBER Praelect. ad Pand. h. t. §. 8. und *Ant.* SCHULTING c. l. Theſ. 9. in fine.

6) *L. ult. Cod. de Novationib.* HUBER Praelect. ad Pand. h. t. §. 6.

7) CUJACIUS Obſervation. Lib. XX. cap. 39.

das Conſtitutum nicht verloren gehen [8]. Wenn daher z. B. der Ehemann das Heyrathsgut ſeiner Frau conſtituirt, ſo bleibt ihm dennoch die Wohlthat der Competenz unbenommen, wie **Ulpian** lehrt, wenn er *L.* 3. *pr. D. h. t.* ſagt: Quod ſi maritus plus conſtituit ex dote, quam facere poterat: quia debitum conſtituerit, in ſolidum quidem tenetur, ſed mulieri, *in quantum facere poteſt*, condemnatur. Auch bey entſtandener Münzveränderung ſieht man noch auf die Zeit, da die erſte Verbindlichkeit contrahirt wurde [9]. Nam actio de conſtituta pecunia retrorſum ſe refert, ſagt **Ulpian** *L.* 18. §. 1. *D. h. t.* Da alſo durch das Conſtitutum die vorige Verbindlichkeit in ihrem Weſen nicht geändert wird; ſo hat der Gläubiger auch die Wahl, ob er die vorige Schuldklage anſtellen, oder ex conſtituto klagen wolle [10]. Es kann jedoch

d) durch ein Conſtitutum keine neue Verbindlichkeit begründet werden, welche vorher nicht vorhanden war. Wenn alſo z. B. Jemand, ſtatt hundert Gulden, welche er nur ſchuldig iſt, zweyhundert verſpricht, oder, auſſer dem Capital, auch Zinſen conſtituirt, welche er gar nicht ſchuldig war, oder er verſpricht dem Gläubiger, auſſer der ſchuldigen Summe, noch eine andere Sache darüber zu geben,

8) BRUNNEMANN Comment. ad L. 3. pr. D. h. t. nr. 1. et 2. und MÜLLER ad *Struvii* Syntag. iur. civ. Exercit. XVIII. Th. 81. not. β.

9) STRUV Synt. iur. civ. Exerc. XVIII. Th. 81.

10) LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 21. STRUV Synt. iur. civ. Exerc. XVIII. Th. 80. CHESIUS Differentiar. iur. cap. 44. nr. 17.

geben, ſo gilt das Conſtitutum nur bis auf die ſchuldige Summe. Ulpian ſagt ausdrücklich *L.* 11. *§.* 1. *D. h. t.* Si quis centum aureos debens, *ducentos* conſtituat, *in centum tantummodo tenetur*: quia ea pecunia debita eſt. Ergo et is, qui ſortem, et uſuras, quae non debebantur, conſtituit, tenebitur in ſortem duntaxat; und Paulus fügt noch *L.* 12. *D. eod.* hinzu: Sed et ſi decem debeantur, et *decem et Stichum* conſtituat, poteſt dici, *decem tantummodo nomine teneri.* Man hat hierbey die Frage aufgeworffen, ob nicht in dem Falle, da der Conſtituent wiſſentlich mehr verſprochen hat, als er ſchuldig iſt, das Geſchäft nach dem neuern Röm. Recht als eine Schenkung zu Recht beſtehe? Die Rechtsgelehrten ſind hierüber nicht einerley Meinung. Viele [11]) läugnen dieſes aus dem Grunde, weil eine Schenkung nicht vermuthet werde, beſonders wenn die Partheyen ein ganz anderes Geſchäft einzugehen willens waren. Wäre ihre Abſicht geweſen, eine Schenkung zu errichten, ſo hätten ſie können, und auch müſſen ihre Meinung deutlicher erklären [12]). Die Geſetze [13]) ſagten freylich, wer wiſſentlich eine Nichtſchuld bezahlt, habe die Abſicht zu ſchenken. Allein es ſey ein Unterſchied zwiſchen Zahlen und Verſprechen. Dort ſey die Frage, ob eine Zurückforderung des Bezahlten Statt finde, und nur dieſes werde geläugnet. Allein daraus folge nicht, daß

11) PEREZ Praelect. in Cod. Lib. IV. Tit. 19. nr. 7. BOECKELMANN Commentar. in Dig. h. t. §. 6. LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 9. ZOESIUS Comm. ad Dig. h. t. nr. 10. u. a. m.

12) *L. 39. D. de pact. L. 31. in fin. D. de obligat. et act.*

13) *L. 9. pr. Cod. de condict. indeb. L. 53. D. de div. reg. iur.*

daß auch auf das Verſprechen einer Nichtſchuld geklagt werden könne. Andere [14]) läugnen zwar, daß nach dem Römiſchen Recht ein ſolches Conſtitutum, welches die vorige Schuldverbindlichkeit überſteigt, gültig ſey; allein ſie behaupten, daß heutiges Tages ohne Zweifel durch ein ſolches Verſprechen eine obligatio ex pacto begründet werde. Allein da nach bekannten Verordnungen des Kaiſers Juſtinian eine jede Schenkung, welche die geſetzliche Summe nicht überſteigt, dergeſtalt im Wege Rechtens beſteht, daß der bloße Vertrag, ohne Stipulation, eine gültige Klage hervorbringt [15]); ſo läßt ſich mit Grund behaupten, daß derjenige, welcher wiſſentlich eine Zahlung, die ihm nicht oblag, verſprochen hat, aus einem ſolchen Verſprechen ſchon nach dem neuern Römiſchen Recht verbindlich werde, weil er offenbar die Abſicht, das Nichtſchuldige ſchenken zu wollen, hierdurch zu erkennen gegeben hat. Dieſe Meinung hat auch den Beyfall mehrerer berühmter Rechtsgelehrten für ſich [16]). Aus demſelben Grunde läßt ſich denn auch ohne Bedenken behaupten, daß derjenige, welcher nur unter einer Bedingung zu Etwas verbindlich war, wenn er nachher pure conſtituirt, aus dieſem Verſprechen belangt werden

14) BRUNNEMANN Comm. ad L. 11. §. 1. D h. t. nr. 4.—6. STRYK Us. mod. Pand. h. t. § 3. BOEHMER Doctr. de actionib. Sect. II. cap. VII. §. 21.

15) *L. 35. §. ult. Cod. de donationib.*

16) *Ant.* FABER Rational. in Pand. ad L. 11. §. 1. D. h. t. *Reinh.* BACHOV Not. et Animadverſ. ad *Treutlerum* Vol. I. Disput. XXIII. Th. 9. *Io.* VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 7. und Weber in der ſyſt. Entwickelung d. Lehre von der natürl. Verbindlichkeit. §. 126.

werden könne, wenn auch die Bedingung nicht exiſtirt [17]. Endlich iſt noch

e) zu bemerken, daß die Verbindlichkeit des conſtituti erliſcht, wenn die erſte Verbindlichkeit durch Zahlung, oder was derſelben gleich gilt, getilgt wird [18]. Dahingegen bleibt die Gültigkeit des conſtituti fortdauernd, wenn die vorige Verbindlichkeit bloß durch Ablauf der Zeit ihre gerichtliche Wirkung verloren hat [19].

## §. 851.

### Vom conſtituto debiti alieni.

Soviel hiernächſt II. das conſtitutum debiti alieni anbetrifft, ſo iſt daſſelbe eine Art der Interceſſion. Es wird dadurch eine fremde Verbindlichkeit übernommen, jedoch ſo, daß der Schuldner, für den man conſtituirt, verhaftet bleibt. Gajus ſagt ausdrücklich *L. 28. D. h. t.* Ubi quis pro alio conſtituit ſe ſoluturum, adhuc is, pro quo conſtituit, obligatus manet. Es iſt daher eben ſo, wie die Bürgſchaft, eine interceſſio cumulativa. Es iſt aber doch auf mehr als eine Art von derſelben weſentlich unterſchieden [20].

1) In

17) BRUNNEMANN Comm. ad L. 19. D. h. t. nr. 3. et 4.

18) *L. 43. D. de Solut.*

19) *L. 18. §. 1. D. h. t.* BACHOV ad *Treutler.* c. l. Th. 13. lit. D. LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 10. in fin. de COCCEJI iur. civ. controv. h. t. Qu. 9. und THIBAUT Syſt. des Pand. R. 2. B. §. 938. a. E.

20) Man vergleiche hier vorzüglich *Io. Chriſt.* KOCH Diſſ. de conſtituto debiti alieni, eiusque a fideiuſſione diſcrimine. *Kilonii*

1) In Anſehung der Form. Denn die Bürgſchaft wurde bey den Römern mittelſt der Stipulation, das conſtitutum alienum aber nach Art eines bloßen Vertrages eingegangen.

2) In Anſehung des Zwecks. Der einzige und weſentliche Zweck der Fidejuſſion iſt Sicherheit des Gläubigers. Das conſtitutum alienum aber iſt hierauf nicht eingeſchränkt, ſondern kann auch dem Gläubiger noch zu andern Zwecken dienen; z. B. wenn ihm daran gelegen iſt, ſich in Anſehung des Zahlungsortes, oder in Anſehung des Objects der Verbindlichkeit einige Vortheile zu verſchaffen. Dieſe Abſicht kann der Gläubiger nur durch das Conſtitutum erreichen, nicht durch die Fidejuſſion. Denn eine Bürgſchaft iſt ungültig, wenn ſich der Bürge zu einer andern Sache verpflichtet, als der Hauptſchuldner ſchuldig iſt. Javolenus ſagt *L.* 42. *D. de fideiuſſor.* Si ita fideiuſſorem accepero: *Quod ego decem credidi, de ea pecunia mille modios tritici fide tua eſſe iubes?* non obligatur fideiuſſor: quia in aliam rem, quam quae credita eſt, fideiuſſor obligari non poteſt [21]). Allein daß etwas Anders conſtituirt werden könne, als worin die Hauptſchuld beſteht, wenn dieſes dem Gläubiger zum Vortheil

 ge-

*lonii* 1777. Webers ſyſt. Entwickelung der Lehre von der natürlichen Verbindlichkeit §. 124. und Höpfners Commentar über die Heinecc. Inſtitutionen §. 846.

21) Die Geſetze geben überhaupt die Regel: *Non valet fideiuſſio, ſi fideiuſſor in aliam obligationem accipiatur*, id eſt, ut ipſe aliquid debeat, quod reus principalis non debet. *L.* 8. §. 8. *L.* 70. §. 2. *D. de fideiuſſor.* S. *Ios.* AVERANII Interpretat. iur. Lib. II. cap. 4.

gereicht, ſetzt die bereits oben angeführte Stelle **Ulpians** *L.* 1. §. 5. *D. h. t.* auſſer Zweifel. Eben dieſer **Ulpian** lehrt *L.* 5. *pr. et L.* 16. §. 1. *D. h. t.* daß ſich der Gläubiger auch in Anſehung des Zahlungsortes beym Conſtitutum einige Bequemlichkeit zu verſchaffen im Stande ſey. Bey der Fidejuſſion hatte dieſes nicht Statt, vielmehr ſagt **Julian** *L.* 16 §. 1. *et* 2. *D. de fideiuſſ.* Quare ſi reum pure interrogavero, et fideiuſſorem *cum adiectione loci* accepero, non obligabitur fideiuſſor. Sed et ſi reus Romae conſtitutus, *Capuae dari* promiſerit, fideiuſſor *Epheſi*: perinde non obligabitur fideiuſſor, ac ſi reus ſub conditione promiſiſſet, fideiuſſor autem in diem certam vel pure promiſiſſet [22]). Daß hingegen die Fidejuſſion weſentlich nur die Sicherheit des Gläubigers zur Abſicht habe, geben die Geſetze deutlich zu erkennen. So ſagt **Juſtinian** *pr. I. de Fideiuſſor.* Pro eo, qui promittit, ſolent alii obligari, qui *fideiuſſores* appellantur: quos homines accipere ſolent, *dum curant, ut diligentius ſibi cautum ſit.* Noch deutlicher erklärt ſich darüber **Gajus** *L.* 1. §. 8. *D. de obligat. et actionib.* wenn er ſagt: Qui alieno nomine obligatur, *fideiuſſor* vocatur, et plerumque ab eo, quem proprio nomine obligamus, alios accipimus, qui *eadem obligatione* teneantur, *dum curamus, ut, quod in obligationem deduximus,* TUTIUS *nobis debeatur.*

3) In Anſehung der **Wirkung**. Eine Bürgſchaft iſt ungültig, wenn dieſelbe auf eine ſolche Art iſt eingegangen worden, daß dadurch der Bürge zu härtern Bedin-

22) S. *Ios.* AVERANIUS c. l. nr. 18.

dingungen verpflichtet wird, als wozu ſich der Hauptſchuldner verbindlich gemacht hat. Ulpian ſtellt dieſes als eine allgemeine Regel bey allen Fidejuſſoren auf, wenn er *L.* 8. §. 7. *D. de fideiuſſor.* ſagt: Illud commune eſt in *univerſis*, qui pro aliis obligantur, *quod ſi fuerint in duriorem cauſam adbibiti*, placuit *eos omnino non obligari:* in leviorem plane cauſam accipi poſſunt. Es laſſen ſich, wie Joſeph Averani [23]) zur Erläuterung dieſer von vielen mißverſtandenen Stelle bemerkt, eigentlich vier Fälle gedenken, wo man ſagen kann, der fideiuſſor ſey in duriorem cauſam adhibitus. a) In Anſehung des Orts, wenn entweder bey einer unbeſtimmten Zahlungsverbindlichkeit des Hauptſchuldners dem Bürgen allein ein beſtimmter Zahlungsort angewieſen worden, oder derſelbe die Zahlung an einem andern Orte leiſten ſoll, wo ſie beſchwerlicher zu leiſten iſt, als da, wo ſie der Hauptſchuldner zu leiſten verſprochen hat [24]). b) In Anſehung der Zeit, wenn der Bürge eher, als der Hauptſchuldner, belangt werden kann. Z. B. der Schuldner iſt erſt nach Ablauf einer beſtimmten Zeit, oder unter einer Bedingung zu zahlen verbunden; allein der Bürge ſoll ohne dieſe Zeitbeſtimmung, ohne dieſe Bedingung für die Schuld haften [25]). c) In Anſehung der Art der Verbindlichkeit, (cauſa), wenn bey einer alternativen Verbindlichkeit des Hauptſchuldners dem Bürgen die Wahl nicht zuſtehen ſoll, welche in einem ſolchen Falle der Schuldner

 hat;

23) Interpretat. iur. Lib. II. cap. 3. nr. 4.

24) *L. 16. §. 1. et 2. D. de fideiuſſor.*

25) *L. 8. §. 7. in fin. L. 16. §. 5. L. 70. pr. et §. 1. D. eodem.*

hat; oder dem Bürgen durch die Art der übernommenen Fidejuſſion die Hoffnung, von ſeiner Verbindlichkeit befreyet zu werden, benommen iſt, deren ſich der Hauptſchuldner zu erfreuen hatte. Z. B. der Schuldner hatte verſprochen, entweder Geld oder eine andere Sache zu geben; der Bürge aber ſoll präcis das leiſten, worauf der Gläubiger klagen wird; oder der Schuldner hat verſprochen, eine individuelle Sache zu geben; der Bürge hingegen ſoll entweder dieſe Sache oder ſtatt derſelben eine beſtimmte Summe Geld geben [26]). d) In Abſicht auf den Gegenſtand der Verbindlichkeit, wenn der Bürge entweder eine andere Sache, oder eine größere Summe bezahlen ſoll, als der Hauptſchuldner ſchuldig iſt [27]). In allen dieſen Fällen iſt die ganze Bürgſchaft nichtig. Die Worte des angeführten Geſetzes: *placuit, eos omnino non obligari*, laſſen hierüber keinen Zweifel übrig [28]).

Das

26) *L. 8. §. 8. et 9. D. eodem. L. 34. D. eod.*

27) *§. 5. I. et L. 8. §. 7. D. de fideiuſſor. L. 42. D. eodem.*

28) Viele wollen zwar mit ALCIATUS Lib. V. Parergor. c. 17. *Guil.* FORNERIUS Lib. III. Selection. cap. 11. und Haloander non omnino leſen, und dieſes durch *non in ſolidum, non in totum* erklären, ſo daß der Sinn der Worte dahin gehe, der Bürge, der ſich zu härtern Bedingungen verpflichtet hat, werde nur in dem Umfange nicht verbindlich, in welchem er ſich verpflichtet hat, ſo weit aber hafte er immer, als die Verbindlichkeit des Hauptſchuldners reicht. Sie unterſtützen dieſe Emendation durch die Auctorität der Baſiliken, welche οὐδὲ ὅλως haben. S. *Dionyſ.* GOTHOFREDUS in not. ad L. 8. §. 7. D. de fideiuſſ. und *Ev.* OTTO in Comm. ad §. 5. I. de fideiuſſ. Allein das Wort *omnino* heißt bey den Claſſikern nie in ſolidum, ſondern immer ſoviel als *plane,*

*pror-*

Das conſtitutum alienum hingegen iſt in keinem der angegebenen Fälle einer cauſae durioris ganz ungültig, ſondern bleibt auch ſogar dann, wenn der Conſtituent früher, als der Hauptſchuldner, oder eine bedingte Schuld unbedingt, oder auch eine größere Summe zu bezahlen ſich ver-



*prorſus, utique*; und *omnino non* ſoviel als *nullo modo, neutiquam, nequaquam*, wie *Ioſ.* AVERANIUS c. l. nr. 2. und *Henr. von dem* BUSCH in Diſſ. de fideiuſſore in maiorem ſummam, quam quae debetur, adhibito, praeſ. *Franc. Car.* CONRADI def. *Helmſtadii 1734.* § 12. aus vielen Stellen erwieſen haben. Auch der griechiſche Ausdruck οὐδὲ ὅλως bedeutet nichts anders, als der lateiniſche omnino non, und CUJACIUS in Recitat. ad Lib. II. Reſponſor. Papiniani in L. 9. D. de Uſur. überſetzt ihn ganz richtig durch *nullo modo. Io. Iac.* WISSENBACH in Exercitat. ad Pand. P. II. Disp. XXVII. §. 10. hat dieſes vollends durch eine wichtige Stelle aus EUSTATHII Vocabul. graec. in Homeri Iliad. auſſer allen Zweifel geſetzt. Man ſehe auch CONRADI Progr. ad cit. Diſſert. *von dem* BUSCH. Die ſonſt bekannte Regel *utile per inutile non vitiatur* iſt hier nicht anwendbar. Denn es gehört zur Form und Natur des Geſchäfts, daß der Bürge nicht zu härtern Bedingungen, als der Hauptſchuldner, verpflichtet werde, da er bloß zur Sicherheit des Gläubigers beytritt. §. 5. *I. de fideiuſſor. L. 49. in fin. D. eodem.* Viele ſind indeſſen anderer Meinung. S. *Em.* MERILLIUS Comment. ad §. 5. I. de fideiuſſor. *Io.* VOET Comm. ad Pand. Lib. XLVI. Tit. 1. §. 4. *Franc.* BROEUS Expoſit. in Inſtit. Iuſtin. Lib. III. Tit. 21. pag. 631. Allein mit mir ſtimmen auſſer den angeführten Cujaz, Wiſſenbach, Averani, und Conradi, auch noch *Franc.* HOTOMAN in Comm. ad §. 4. de fideiuſſor. *Arn.* VINNIUS in Comm. ad §. 5. I. eod. THIBAUT in Syſt. des P. R. 2. B. §. 951. und Höpfner im Commentar über die Heinecc. Inſtitutionen §. 840. überein.

pflichtet hat, immer wenigſtens in ſo weit gültig, als ſie mit der Verbindlichkeit des Schuldners im Gleichgewicht ſteht [29]), wie aus den bereits angeführten Stellen, nämlich *L.* 1. §. 5. *L.* 5. *pr. L.* 11. §. 1. *L.* 12. *L.* 13. *L.* 16. §. 1. *L.* 19. *pr. D. h. t.* deutlich erhellet, welche, wie Voet [30]) mit Recht bemerkt, nicht bloß vom conſtituto proprio, ſondern auch alieno zu verſtehen ſind. Die ganz allgemein lautenden Worte der *L.* 8. §. 7. *D. de fideiuſſ.* Illud commune eſt in univerſis, qui pro aliis obligantur: etc. haben zwar einige Rechtsgelehrten [31]) veranlaßt, den hier angegebenen Unterſchied zu beſtreiten, und zu behaupten, daß die Verpflichtung eines Conſtituenten zu einer durior conditio, eben ſo gut, wie die eines Bürgen, ganz unverbindlich ſey. Sie wollen daher jene Stellen bloß auf das conſtitutum proprium einſchränken. Allein dieſer Erklärung ſteht entgegen, daß in der *L.* 8. bloß von Fidejuſſoren die Rede iſt, auch die im §. 7. enthaltene Regel bloß mit Beyſpielen von Bürgen erläutert wird. Es iſt überdem bekannt, daß unter denjenigen, *qui pro aliis* ſ. *alieno nomine obligantur*, immer nur Bürgen im eigentlichen Sinn verſtanden werden [32]). Auſſer dieſem Unterſchiede

29) S. VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 6. FABER Rational. in Pand. ad L. 4. D. h. t. MÜLLER ad *Struvium* Exercit. XVIII. Th. 81. not. d. und *von dem* BUSCH cit. Diſſ. §. 17.

30) Comm. ad Dig. Tit. de fideiuſſor. §. 4.

31) WISSENBACH Exercitat. ad Pand. P. II. Disput. XXVII. Th. 10. pag. 309. und *Ant.* SCHULTING Theſ. controv. Decad. XLVII. Th. 6.

32) *Pr. I. de fideiuſſ. L.* 1. §. 8. *D. de oblig. et act.* Man ſ. auch *Ioſ.* AVERANII Interpret. iur. Lib. II. cap. 3. und *von dem* BUSCH Diſſ. cit. §. 17.

ſchiede ſoll ſich das conſtitutum alienum nach der Meinung einiger Rechtsgelehrten [33]), von der Fidejuſſion der Wirkung nach auch noch darin unterſcheiden, daß der Conſtituent als ſolcher belangt werden könne, ohne die Klage des Gläubigers einſtweilen dadurch von ſich abwenden zu können, daß der Hauptſchuldner noch nicht ausgeklagt ſey. Denn das Conſtitutum, ſagt man, ſey keine ſubſidiariſche Interceſſionsart, daher ſtehe auch das beneficium excuſſionis dem Conſtituenten nicht ſo, wie dem Bürgen, zu. Allein ich trage Bedenken, dieſer Meinung beyzupflichten, da ſie die deutliche Vorſchrift der Novelle 4. Kap. 1. gegen ſich hat. Man laſſe ſich nur nicht durch die verſio vulgata irreführen, in welcher die griechiſchen Ausdrücke ὁ ἀντιφωνητὴς, ὁ ἀντιφωνήσας, und ὁ τὴν ἀντιφώνησιν ὑπελθὼν ganz falſch durch *ſponſor*, et *qui ſponſioni ſe ſubiecerit* überſetzt ſind, wie auch ſchon Anton Schulting [34]) mit Recht bemerkt hat, indem ſie vielmehr ſoviel als *conſtituens*, oder *conſtitutae pecuniae reus* heißen. So haben jene Ausdrücke Julian [35]), Gregorius Haloander [36]), Heinrich Agyläus [37]), und Johann Friedrich Hom-

 bergk

33) KOCH cit. Diſſ. de conſtituto debiti alieni §. 16. und THIBAUT Syſt. des Pand. R. 2. B. §. 940. a. E. und Not. z.

34) Theſ. controverſ. Dec. XLVII. Th. 7. Man ſehe auch POTHIER Pandect. Iuſtin. Tom. I. h. t. Nr. XXX. not. l. pag. 388.

35) Epitome Novellar.

36) Graec. Novell. edit. pag. 15.

37) Ad ea, quae in Novellis Iuſtin. conſtitutionib. ius. civ. attingunt, liber ſingul. *Coloniae 1558.* Conſtit. IV. (in *Car. Frid.* ZEPERNICK *Delectu Scriptor. Novellas Iuſtin. Imp. ear. hiſtor. illuſtrant. Halae 1783.* pag. 21.)

bergk zu Vach [38]) richtiger überſetzt. Daß die Benennungen ἀντιφωνητὴς, und ἀντιφωνήσας ſoviel als *conſtituens ſ. qui pro alio conſtituit*, oder *pecuniae conſtitutae reus* heißen, ſo wie ἀντιφώνησις *conſtitutum*, und ἀντιφωνεῖν *conſtituere* bedeuten, erhellet nicht nur aus andern Novellen des Kaiſers Juſtinian, wo vom Conſtitutum gehandelt wird, z. B. Novelle 115. Kap. 6. und Nov. 136. Kap. 1. ſondern auch aus der griechiſchen Paraphraſe des Theophilus über die Inſtitutionen [39]), ferner aus des Harmenopulus Πρόχειρον νομῶν [40]), und den Baſiliken, in welchen nicht nur die Novelle 4. wörtlich enthalten iſt [41]), ſondern auch zwey beſondere Titel *de pecunia conſtituta*, περὶ χρέους ἀντιφωνήσεως, handeln [42]). Aus dieſen Quellen haben auch Dionyſius Gothofredus [43]), und Wilh. Otto Reitz [44]) die wahre Bedeutung jener griechiſchen, von dem alten barbariſchen Ueberſetzer der Novellen gar nicht verſtandenen Ausdrücke, richtig erklärt. Wie alſo bey ſo vielen ganz unverwerflichen Bewei-

ſen

38) Novell. Conſtitut. ex graeco in latin. converſ. *Marb. 1717.* pag. 56.

39) Lib. IV. Tit. 6. §. 8. et 9.

40) Lib. I. Tit. 3. §. 47. et Lib. III. Tit. 6.

41) Tom. IV. Lib. XXVI. Tit. 2. Conſt. 1.

42) Lib. XXVI. Tit. 3. et 7.

43) Nomenclator graecar. iuris dictionum, quae apud Harmenopul. et alios quosdam iuris authores occurrunt. vocc. ἀντιφωνεῖν. ἀντιφώνησις. ἀντιφωνητὴς. (adj. *Harmenopulo* pag. 417.)

44) Gloſſar. Theophilin. voc. αντιφωνεω. (Tom. II. *Paraphraſ. graec. Inſtit.* adj. pag. 1252.)

ſen dennoch dem Conſtituenten das beneficium excuſſionis hat abgeſprochen, oder von andern [45]), welche ihm dieſe Wohlthat geſtatten, hat behauptet werden können, das Geſetz gedenke zwar des Conſtituenten nicht, allein es ſtreite für ihn gleicher Grund der Billigkeit, iſt unbegreiflich. Man erwäge nur folgende Worte nach der richtigern Uebersetzung Hombergks zu Vach: Si quis igitur mutuum dederit, et fideiuſſorem, (ἐγγυητὴν) aut mandatorem, (μανδάτωρα) aut *conſtitutae pecuniae reum* (ἀντιφωνητὴν) acceperit, ille non ſtatim ab initio mandatorem, fideiuſſorem, aut *conſtituentem* conveniat, (ἢ ἀντιφωνήσαντος χωρεῖτω) neque debitore neglecto interceſſoribus moleſtus ſit, ſed primo eum, qui pecuniam accepit, et debitum contraxit, conveniat: et ſiquidem ab illo acceperit, a reliquis abſtineat: quid enim illi cum extraneis rei eſt, cui debitor ſatisfecit? Si vero a debitore nec partem nec ſolidum conſequi poterit, quantum ab illo accipere non potuit, pro ea parte cum fideiuſſore, vel *conſtituente* vel mandatore experiatur, et ab eo reliquum conſequatur. Atque haec quidem, ſi utrique, tam principalis debitor, quam fideiuſſor, aut mandator, aut *conſtitutae pecuniae reus* (ἢ ἀντιφωνήσας) praeſentes ſint, omni modo ſerventur. Si vero fideiuſſor, aut mandator, aut *qui conſtitutum ſuſcepit*, (ἢ ὁ τὴν ἀντιφώνησιν ὑπελθὼν) quidem adſit, prin-

45) HUBER in Praelect. ad Pand. h. t. §. 5. STRUV Synt. iur. civ. Ex. XVIII. Th. 81. MÜLLER ad *Eundem* not. α. BACHOV ad *Treutlerum* Vol. I. Diſſ. XXIV. Th. 8. und LAUTERBACH in Diſſ. de beneficio excuſſionis. *Tubingae 1653*. §. 23.

principalem autem debitorem abeſſe contingat, durum eſt, creditorem alio mittere, cum a fideiuſſore, aut mandatore, aut *conſtituente* exigere poſſit. Noch einen andern wichtigen Beweis für das den Conſtituenten ſogut, wie den Fidejuſſoren, zuſtehende beneficium ordinis giebt die Novelle 136. *in praefat.* in welcher ſich Juſtinian auf die Nov. 4. beruft, und einer beſondern Ausnahme gedenkt, welche er Kap. 3. §. 1. in Anſehung der Argentarien gemacht hatte. Die hierher gehörigen beſonders merkwürdigen Worte lauten nach der Hombergkiſchen Ueberſetzung folgendermaßen: Qui in corpore ſunt Argentariorum felicis huius urbis, potentiae noſtrae ſupplicantes, de multis capitibus nos rogarunt, petentes, ut eos iuvemus, cum et ipsi multis ſe utiles praebeant, quod *conſtituta* (ἀντιφωνήσεις) et mutua ſubeant omnis periculi plena. Nam cum *ſacra noſtra conſtitutio* exſtet, quae vult, ut exactiones ordine fiant, et primum quidem principales rei eorumque res, deinde vero fideiuſſores, et mandatores, et *conſtitutae pecuniae rei* (ἀντιφωνητάς) [46]) excutiantur: ab hac Lege collegium ipſorum eximi, omniumque graviſſima pati, *ſi ipſi quidem conſtitutionis auxilio uti nequeant*, ſed ſtatim exigantur: *ſi vero ab aliis conſtituta accipiant*, (εἰ δὲ ἀντιφωνήσεις παρ᾽ ἑτέρων λάβοιεν) illi, qui pecuniam conſtituerunt, (τοὺς ἀντιφωνήσαντας) vel horum mandatores aut fideiuſſores ipſis non ſatisfaciant: et conveniens eſſe, ut et ipſi communium legum participes ſint, neque

46) Hier überſetzt ſelbſt die verſio vulgata *conſtitutae pecuniae rei.*

neque ipſis conſtitutio noſtra adverſetur. Wie weit Juſtinian dem Geſuche der Argentarien Statt gegeben habe, lehrt Kap. 1. wo es heißt: Sancimus igitur, ſi quidam ex illis, qui menſae argentariae praeſunt, alicui mutuam pecuniam dent, vel *conſtitutum*, (ἀντιφώνησιν) 47) vel fideiuſſores, vel mandatores accipiant, ipſisque conſtitutio et ordo per illam introductus opponatur: ut tum in illis conſtitutio obtineat, niſi ſpeciale pactum fecerint, licere creditori principalem debitorem et mandatorem et fideiuſſorem convenire, non exſpectato conſtitutionis ordine. Propter ſtudium enim, quod argentarii in communes contractus collocant, eiusmodi pacta admittimus, quae non videntur contra legem eſſe: quoniam unicuique ea, quae a legibus illi data ſunt, contemnere licet. Sed si eiusmodi pactum fiat, liceat illis primum etiam mandatorem, et primum fideiuſſorem aliasque perſonas convenire. Quare ſi pactum ſcriptum non eſt, etiam in illis conſtitutio omnino obtineat: ſin autem ſcriptum ſit pactum, legem det contractui, atque exinde exactiones fiant. Durch dieſe Novelle iſt alſo die ſchon oben bemerkte Ausnahme in Anſehung der Argentarien nochmals beſtätigt worden, als welchen das beneficium excuſſionis nicht zuſtehen ſoll, wenn ſie durch Fidejuſſion, oder ein mandatum qualificatum, oder durch ein conſtitutum die Verbindlichkeit eines Andern zu deſſen Vortheil übernommen haben 48). Sie baten zwar den Kai-

47) Die verſio vulgata hat hier *vel conſtitutae pecuniae reos.*

48) S. RITTERSHUSII Ius Iuſtin. P. III. Cap. 2. n. 25. und RICHTERI Expoſit. omnium Authenticar. Cod. Iuſtin. ad Auth. *Praeſente* Cod. de fideiuſſor. n. 44. ſqq. pag. 366.

Kaiſer, daß da ſie aus ihren Interceſſionen noch vor dem Hauptſchuldner belangt werden könnten, ihnen ein gleiches Recht auch gegen diejenigen zugeſtanden werden möchte, welche für ihre Schuldner fidejubirt, oder conſtituirt hätten. Allein ſie erhielten nur ſoviel, daß es ihnen erlaubt ſeyn ſolle, ſich ein ſolches Recht durch Vertrag auszubedingen [49]). Noch eine andere Ausnahme macht Huber [50]), wo bey dem conſtituto alieno das beneficium excuſſionis wegfallen ſoll, nämlich wenn ein Termin feſtgeſetzt worden, auf welchem der Conſtituent präcis Zahlung zu leiſten verſprochen hat, wenn binnen dieſer Zeit der Hauptſchuldner nicht zahlen würde. Ein ſolches Beyſpiel hat Marcellus *L.* 24. *D. h. t.* Titius Sejo epiſtolam emiſit in haec verba: *Remanſerunt apud me quinquaginta ex credito tuo, ex contractu pupillorum meorum, quos tibi reddere debebo Idibus Maiis probos. Quodſi ad diem ſupraſcriptum non dedero, tunc dare debebo uſuras tot.* Quaero an Lucius Titius in locum pupillorum hac cautione reus ſucceſſerit? MARCELLUS reſpondit, ſi interceſſiſſet ſtipulatio, ſucceſſiſſe. Item quaero, an, ſi non ſucceſſiſſet, de conſtituta teneatur? MARCELLUS reſpondit, in ſortem teneri: eſt enim humanior et utilior iſta interpretatio. War der Hauptſchuldner bereits zur Bezahlung rechtskräftig verurtheilt, und der Conſtituent hat das Judicatum für den Schuldner zu bezahlen übernommen,

49) S. *Herm.* HUBERT Diſſ. II. de argentariis veterum. Cap. II. §. 5. in *Ger.* OELRICHS *Theſ.* Diſſertation. iurid. Belgicar. Vol. II. Tom. I. pag. 127.

50) Praelect. ad Pand. h. t. §. 5. et 6.

men, ſo geben alle zu, daß auch hier das beneficium ordinis wegfalle [51]).

Darin aber kommt das conſtitutum alienum mit der Bürgſchaft überein, daß es

1) Die Fähigkeit vorausſetzt, eine fremde Verbindlichkeit zu übernehmen. Wer alſo ſich nicht verbürgen kann, kann auch ein ſolches conſtitutum nicht eingehen, wie z. B. Frauensperſonen, Soldaten [52]).

2) Es ſetzt, wie die Fidejuſſion, das Daſeyn einer an ſich nicht ungültigen Verbindlichkeit voraus, ſie mag übrigens aus einer erlaubten oder unerlaubten Handlung entſtanden ſeyn [53]). Daß auch ſchon immer die Perſon des Schuldners zu der Zeit gewiß ſey, da das Conſtitutum eingegangen wird, iſt nicht nöthig. Es iſt genug, wenn nur überhaupt eine Schuld vorhanden iſt. Daher kann man für erbſchaftliche Schulden zum Beſten der Gläubiger conſtituiren, wenn gleich der Erbe die Erbſchaft noch nicht angetreten hat, und noch ſehr ungewiß iſt, ob er ſie antreten werde. Ulpian ſagt *L.* 11. *pr. D. h. t.* Hactenus igitur conſtitutum valebit, ſi, quod conſtituitur, debitum ſit, etiam ſi nullus apparet, qui interim debeat:

51) S. MEVIUS Part. I. Deciſ. 229. STRYK Us. mod. Pand. h. t. §. ult. u. a.

52) *L.* 1. *§.* 1. *D. h. t.* LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 6. und Georg Lud. Böhmers auserleſene Rechtsfälle. 1. Bandes 1. Abth. Reſp. XLV. nr. 12. ff.

53) *L.* 1. *§.* 6. *L.* 24. *L.* 26. *L.* 29. *D. h. t.* LAUTERBACH c. l. §. 8. und Webers ſyſt. Entwickelung der Lehre von der natürl. Verbindlichkeit §. 124.

beat: utputa, ſi ante aditam hereditatem debitoris, vel capto eo ab hoſtibus, conſtituat quis ſe ſoluturum: nam et POMPONIUS ſcribit, valere conſtitutum, quoniam debita pecunia conſtituta eſt [54]).

3) Die Einwilligung des Schuldners iſt auch hier ſo wenig, wie bey der Fidejuſſion, erforderlich. Es kann daher nicht nur ohne Wiſſen des Schuldners, ſondern auch wider den Willen deſſelben geſchehen, und der Schuldner iſt nicht berechtiget, dem Conſtituenten die Zahlung an den Gläubiger zu verbieten. **Ulpian** belehrt uns ebenfalls hierüber, wenn er *L.* 27. *D. h. t.* ſagt: Utrum praeſente debitore, an abſente conſtituat quis, parvi refert. Hoc amplius, etiam *invito* conſtituere eum poſſe, POMPONIUS *libro* 34. ſcribit. Unde falſam putat opinionem LABEONIS exiſtimantis, ſi poſtquam qui conſtituit pro alio, dominus [55]) ei denunciet, ne ſolvat, in factum exceptionem dandam. Nec immerito POMPONIUS: nam cum ſemel ſit obligatus, qui conſtituit, factum debitoris non debet eum excuſare.

4) Die Verbindlichkeit des Conſtituenten iſt eben ſo, wie die des Bürgen, eine bloß acceſſoriſche. Sie hört daher auf, wenn die Hauptverbindlichkeit des Schuldners durch

54) Man ſehe *Ant.* FABRI Rational. in Pand. ad h. L.

55) Statt *dominus* ließt *Ant.* FABER Conjectur. iuris civ. Lib. XV. c. 4. *debitor.* Dieſe Emendation billiget auch *Ger.* NOODT Comment. ad Dig. h. t. pag. 314. und ſie hat die Auctorität der Baſiliken Lib. XXVI. Tit. 7. conſt. 27. pag. 186. T. IV. nach Fabrot für ſich. Man ſehe jedoch *Iuſt.* MEIERI Ενδοξων Iuſtinian. Decad. V. cap. 2.

durch Zahlung, oder ſonſt auf rechtliche Art getilgt wird [56]). Hätte der Gläubiger zuerſt gegen den Conſtituenten geklagt, von dieſem aber ſeine Bezahlung nicht erhalten, ſo iſt darum der Hauptſchuldner nicht befreyet, ſondern es bleibt dem Gläubiger immer noch unbenommen, den Hauptſchuldner in Anſpruch zu nehmen. Es mag dieſes zwar ehemals unter den alten Römiſchen Rechtsgelehrten ſtreitig geweſen ſeyn, allein nach **Ulpians** Ausſpruch iſt die Sache jetzt auſſer Zweifel. Vetus fuit dubitatio, ſagt nämlich dieſer römiſche Juriſt *L.* 18. § *ult. D. h. t.* an, qui hac actione egit, ſortis obligationem conſumat? Et tutius eſt dicere, *ſolutione potius ex hac actione facta liberationem contingere, non litis contestatione* [57]): quoniam ſolutio ad utramque obligationem proficit [58]).

5) In der Regel iſt jedoch das conſtitutum alienum eben ſo, wie die Fidejuſſion, eine ſubſidiariſche Interceſſion. Dies hat wenigſtens nach der Novelle 4. Kap. 1. gar keinen Zweifel, vermöge welcher auch der Conſtituent nur in ſofern verpflichtet wird, als der Gläubiger von dem Hauptſchuldner ſeine Befriedigung nicht zu erhalten vermag. Daher wird auch in der Praxis dem Conſtituenten das beneficium excuſſionis ohne alles Bedenken geſtattet [59]). Endlich

6) ha-

56) *L.* 43. *D. de Solut. L.* 28. *D. h. t.*

57) *L.* 29. *D. de novat.*

58) *L.* 23. *Cod. de fideiuſſor.*

59) MEVIUS Part. I. Deciſ. 229. CARPZOV P. II. Conſt. XVIII. Def. 2. WERNHER Obſervat. forens. Tom. I. P. I. Obſ. 29. et P. IV. Obſ. 26. BERGER Oeconom. iuris. Lib. III. Tit. 1. Th. 11.

6) haben mehrere für die nämliche Schuld conſtituirt, ſo haften ſie zwar, wie mehrere Bürgen, als correi [60]); jedoch kommt ihnen auch eben ſo, wie dieſen, die Rechtswohlthat der Theilung zu ſtatten [61]). Juſtinian hielt dieſe Gleichſtellung für billig, wenn er *L.* 3. *C. h. t.* verordnet: Divi Hadriani epiſtolam, quae de periculo dividendo inter mandatores et fideiuſſores loquitur, locum habere in his etiam, *qui pecunias pro aliis ſimul conſtituunt*, neceſſarium eſt. Aequitatis enim ratio diverſas ſpecies actionis excludere nullo modo debet.

## §. 852. a

### Bedingungen der actio de conſtituta pecunia. Actio *Directa* und *utilis*.

Noch iſt zu bemerken, daß

I. wenn die actio de conſtituta pecunia Statt haben ſoll, dazu nach dem Edict des Prätors zweyerley erfordert werde.

1) Der Conſtituent muß ſeinem Verſprechen kein Genüge geleiſtet haben.

2) Es muß auch nicht an dem Gläubiger gelegen haben, das Verſprochene in Empfang zu nehmen.

Die Worte des Edicts, welche dieſe doppelte Bedingung enthalten, führt Ulpian *L.* 16. §. 2. *D. h. t.* an,

Th. II. not. 3. LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 21. Weſtphals Rechtsgutachten. 1. Band h. t. §. 1. S. 81. HOFACKER Princip. iur. civ. Rom. Germ. Tom. III. §. 2069.

60) *L. 16. pr. D. h. t.*

61) LAUTERBACH c. l. §. 17.

an, wo ſie folgendermaßen lauten: Ait Praetor: *Si appareat, eum, qui conſtituit, neque ſolviſſe, neque feciſſe, neque per actorem ſtetiſſe, quominus fieret, quod conſtitutum eſt*, ſc. iudicium dabo [62]). Der Sinn dieſer Worte geht alſo dahin, der Beklagte muß in mora ſolvendi, und der Kläger nicht in mora accipiendi geweſen ſeyn, wenn die Klage Statt haben ſoll. Ich habe geſagt, der Beklagte müſſe

1) dem Conſtitutum kein Genüge geleiſtet haben. Dahin gehört nicht bloß, wenn der Conſtituent mit der verſprochenen Zahlung ganz ausgeblieben iſt, ſondern auch

a) wenn er Zahlung verſprochen hat, und nachher, ſtatt derſelben, blos eine Cautionsleiſtung anbietet [36]). Hätte er hingegen nur die letztere conſtituirt, ſo handelt er ſeinem Verſprechen gemäß, er mag die verſprochene Caution durch Bürgen oder Pfandgebung leiſten. **Paulus** ſagt *L.* 21. §. 2. *D. h. t.* Conſtituto ſatis non facit, qui *ſoluturum* ſe conſtituit, ſi offerat *ſatisfactionem*. Si quis autem conſtituat, ſe *ſatisdaturum* [64]), et *fideiuſſo-*



62) Dieſe letztern Worte ſupplirt nicht ohne Grund *Ant.* FABER in Rational. ad h. L.

63) Es iſt ein großer Unterſchied zwiſchen Zahlung und Cautionsleiſtung. Erſtere muß der Gläubiger auch wider ſeinen Willen annehmen, allein nicht die letztere. Dieſe gilt nur denn der Zahlung gleich, wenn ſich der Gläubiger dieſelbe will gefallen laſſen. *L. 6. §. 1. D. Quib. mod. pignus ſolv.*

64) So lieſet die Florentine. Dagegen haben Haloander und Baudoza *ſatisfacturum*. Dieſer Leſeart giebt *Ger.* NOODT in Comm. ad Dig. h. t. §. *Exſpectas* pag. 316. den Vorzug. Unſer

*iuſſorem* vel *pignora* det, non tenetur: quia nihil interſit, quemadmodum ſatisfaciat.

b) Wenn der Conſtituent etwas Anderes leiſten will, als er zu zahlen verſprochen hat. Denn es bleibt auch hier bey der Regel, daß gerade derjenige Gegenſtand geleiſtet werden muß, worauf die Verbindlichkeit des Schuldners gerichtet iſt; es ſey von einem Geben oder Thun die Rede [65]).

c) Wenn der Conſtituent die Zahlung einem Andern geleiſtet hat, als dem ſie verſprochen worden iſt. Z. B. Du hatteſt anfangs mir oder dem B. die Zahlung verſprochen; nachher verſprichſt Du durch ein Conſtitutum, mir die Zahlung allein leiſten zu wollen. Gleichwohl haſt Du die Schuld dem B. bezahlt. Hier kann ich Dich dennoch ex conſtituto belangen [66]). Eben dieſes gilt auch in dem Falle, wenn der Schuldner mit einem ſeiner Correalgläubiger das Conſtitutum eingeht, daß er ihm allein zahlen

Unſer Erlanger Pand. Codex hingegen ſtimmt mit der Florentine überein. In den *Baſilicis* Tom. IV. pag. 185. in fin. heißt es auch: Ο ἀντιφωνῶν ἱκανοδοσίαν διδοναι. i. e. *Qui conſtituit ſe ſatisdaturum*; und BRISSONIUS de Verb. Signif. voc. *Satisdare*, macht bey dieſer Stelle die Bemerkung, daß das Wort *Satisdare* zuweilen, im allgemeinen Sinn genommen, ſoviel heiße, als *quoquo modo ſatisfacere.*

65) *L. 25. D. h. t. L. 2. §. 1. in fin. D. de reb. credit.* DUARENUS in Comm. ad h. Tit. cap. 4. pag. 932. und THIBAUT Syſtem des Pand. Rechts. 1. B. §. 92.

66) *L. 8. D. h. t.* POTHIER Pandect. Iuſtin. T. I. h. t. Nr. 23. ſeqq. pag. 388.

len wolle, und nachher doch dem Andern die Zahlung leiſtet. Hier wird derjenige, mit welchem das Conſtitutum iſt eingegangen worden, nun als der alleinige Gläubiger angeſehen. Paulus ſagt *L.* 10. *D. h. t.* Idem eſt, et ſi ex duobus reis ſtipulandi poſt alteri conſtitutum, alteri poſtea ſolutum eſt; quia loco eius, cui iam ſolutum eſt, haberi debet is, cui conſtituitur.

2) Die andere Bedingung iſt, daß es nicht an dem Gläubiger ſelbſt gelegen habe, daß der Schuldner dem Conſtitutum kein Genüge geleiſtet hat. Fehlt es an einem dieſer Erforderniſſe, ſo fällt die Klage weg, jedoch entſchuldiget kein, auch nur zufälliges Hinderniß, welches ſich am Tage der Leiſtung in der Perſon des Conſtituenten ereignete [67]). Generaliter enim cauſa difficultatis ad incommodum promiſſoris, non ad impedimentum ſtipulatoris pertinet, ſagt Venulejus *L.* 137. §. 4. *D. de Verb. obligat.* Nur wenn die Sache, welche den Gegenſtand der Verbindlichkeit ausmacht, durch Zufall zu Grunde gegangen iſt, ſo kann ſich der Conſtituent, wenn er dennoch belangt worden iſt, mit einer Einrede ſchützen [68]), wie Ulpian lehrt, wenn er *L.* 16. §. 3. *D. h. t.* ſagt: Si non ſtetit per actorem, tenet actio, *etiamſi per rerum naturam ſtetit.* Sed magis dicendum eſt, ſubveniri reo debere. Es fragt ſich aber, auf welchen Zeit-

 punct

67) S. MÜLLER ad *Struvii* Synt. iur. civ. Exercit. XVIII. Th. 79. not. $\gamma$.

68) S. *Ant.* FABRI Rational. in Pand. h. L. und *Io.* IENSII Strictur. ad Rom. iuris Pand. ad L. 16. §. 3. D. h. t. pag. 105. (edit. *Lugdun. Batav.* *1764.* 4.)

punct zu ſehen ſey, um zu beurtheilen, ob der Kläger oder der Beklagte in mora war? Vergleichen wir hierüber die *L.* 16 *§. ult. L.* 17 und *L.* 18. *D. h. t.* ſo ſcheinen Ulpian und Paulus hierin nicht einerley Meinung geweſen zu ſeyn. Ulpian behauptet, nach den Worten des Edicts komme es präcis auf die in dem Conſtitutum feſtgeſetzte Zeit an. Iſt der Conſtituent zu dieſer Zeit ſeiner Verbindlichkeit nicht nachgekommen, ſo iſt die Klage gegen ihn begründet, wenn er auch nachher die Zahlung dem Gläubiger angeboten hatte. Folgende Worte laſſen hierüber keinen Zweifel übrig: Haec autem verba Praetoris, *neque feciſſe reum, quod conſtituit*, utrum *ad tempus conſtituti* pertinent, an vero *usque ad litis conteſtationem* trahimus, dubitari poteſt? Et puto, *ad tempus conſtituti.* Paulus hingegen glaubt, wenn der Conſtituent auch nicht gerade an dem beſtimmten Zahlungstage ſich eingeſtellt, ſondern erſt nach Verlauf deſſelben dem Gläubiger Zahlung angeboten habe, ſo ſey der letztere in mora, wenn er die Zahlung ohne rechtmäßige Urſache anzunehmen verweigerte. Der Schuldner könne alſo die Folgen ſeiner mora noch abwenden, ſo lange der Gläubiger ſeine Klage noch nicht erhoben hat. So wären die Worte des Prätors: *neque feciſſe reum* nach der Billigkeit, und dem Geiſt des Edicts gemäß zu erklären. Dies iſt der Sinn der *L.* 17. *D. h. t* wo Paulus ſagt: Sed et ſi alia die offerat, nec actor accipere voluit, nec ulla iuſta cauſa fuit non accipiendi, aequum eſt, ſuccurri reo aut exceptione, aut iuſta interpretatione: ut factum actoris usque ad tempus iudicii ipſi noceat; ut illa verba, *neque feciſſe*, hoc ſignificent, *ut neque in diem, in quem conſtituit, fecerit, neque poſtea.* Der

Zu-

Zuſammenhang zwiſchen beyden Stellen iſt alſo der. Nach den Worten des Edicts iſt zwar der Schuldner in mora, wenn er ſich nicht präcis an dem beſtimmten Zahlungstage bey dem Gläubiger einfindet, und ſeiner Verbindlichkeit ein Genüge leiſtet. Allein nach einer billigen Auslegung deſſelben kann der Conſtituent ſeine mora noch bis zur Anſtellung der Klage des Gläubigers wieder gut machen, wenn er ihm Zahlung anbietet. Schlägt der Gläubiger dieſes Anerbieten, ohne ein gegründetes Intereſſe zu haben, aus; ſo wird er dadurch in mora verſetzt, und klagt er dennoch nachher gegen den Conſtituenten, ſo kann ſich letzterer mit einer Exception dagegen ſchützen. Eſt igitur in mora accipiendi actor, ſagt mit Recht **Anton Faber**[69]), quamdiu nihil adhuc coepit ipſius intereſſe, licet conſtituens fuerit in mora ſolvendi. Merito igitur noluit Praetor, ut factum actoris ipſi noceat, ad tempus usque accepti iudicii, niſi iuſtam cauſam habuerit recuſandae ſolutionis, id eſt, niſi damnum aliquod ex mora ſenſerit, ut negari non poſſit eius intereſſe. Mit dieſer Erklärung ſtimmen auch die Baſiliken[70]) überein, in welchen der Sinn der angeführten beyden Stellen auf folgende Art ausgedrückt iſt. Ο μὴ ἐμπροθέσμως ποιῶν ὅπερ ἀντεφώνησεν, ὑπόκειται. ὁ δὲ φυσικῶς ἐμποδισθεὶς, βοηθεῖται. Καὶ ὁ μετὰ ταῦτα μέχρι προκατάρξεως, ποιῶν ὅπερ ἀντεφώνησεν. Εν ᾧ μὴ διαφέρει τῷ ἐνάγοντι. i. e. *Qui conſtituta die non fecit, quod conſtituit, tenetur. Si vero per rerum naturam ſtetit, ſubvenitur ei. Et ëi, qui poſtea usque ad litis conteſtationem fecit, quod conſtituit,*



69) Rational. in Pand. ad L. cit. pag. 513.

70) Tom. IV. Lib. XXVI. Tit. 7. pag. 184. edit *Fabroti.*

*tuit, ſi actoris non interſit.* So wäre man alſo mit den Worten des Edicts: *neque ſolviſſe neque feciſſe*, welche von der mora debitoris handeln, im Reinen. Allein einem gleichen Zweifel ſind die Worte: *neque per actorem ſtetiſſe*, unterworffen. **Ulpian** behauptet, daß auch dieſe auf die in dem Conſtitutum beſtimmte Zahlungszeit zu beſchränken wären. War alſo der Gläubiger zu dieſer Zeit zum Empfang der Zahlung bereit, ſo iſt die Klage begründet, wenn er es auch gleich weder vorher noch nachher geweſen wäre. Die Worte deſſelben lauten *L.* 18. *h. t.* ſo: Item illa verba Praetoris, neque per actorem ſtetiſſe, eandem recipiunt dubitationem. Et *Pomponius* dubitat; ſi forte ad diem conſtituti per actorem non ſtetit, ante ſtetit, vel poſtea? Et puto, *et haec ad diem conſtituti referenda.* Wollte man dieſe Worte von dem Falle verſtehen, da der Gläubiger die ihm vor der Zahlungszeit oder auch nach Ablauf derſelben angebotene Zahlung ausſchlug, und die Klage für gegründet halten, wenn nur der Gläubiger beym Eintritt der Zahlungszeit bereit war, die ſchuldige Sache in Empfang zu nehmen, ſo würde auch hier zwiſchen **Ulpian** und **Paulus** ein Widerſpruch seyn. Allein der Fall war abgethan, wenn der Schuldner zwar beym Eintritt der Zahlungszeit ausblieb, nachher aber, ehe noch der Gläubiger die Klage gegen ihn erhoben hatte, ihm die Zahlung anbot. Daß hier nach einer billigen, und dem Geiſt des Edicts gemäßen Erklärung die Klage nicht mit Wirkung angeſtellt werden könne, wenn der Gläubiger die ihm angebotene Zahlung ohne rechtmäßige Urſache ausgeſchlagen hat, iſt nun als eine, nach dem Ausſpruch des **Paulus**, ganz entſchiedene Wahrheit anzuſehen. Eben ſo wenig kann es aber auch einem

gegrün-

gegründeten Zweifel unterworffen seyn, daß ſich der Schuldner durch eine Einrede ſchützen könne, wenn er noch vor dem Eintritt des Zahlungstermins dem Gläubiger die ſchuldige Sache anbot, und der letztere die Annahme derſelben ohne rechtmäßige Urſache verweigerte. Denn **Ulpian** ſagt ſelbſt *L. 38. §. 16. D. de Verbor. obligat.* Quod certa die promiſſum eſt, vel ſtatim dari poteſt: *totum enim medium tempus ad ſolvendum liberum promiſſori relinquitur.* Hiermit ſtimmt auch **Celſus** *L. 70. D. de ſolut.* überein. Allein die vom **Ulpian** in der *L. 18. pr. D. h. t.* angeführten Beyſpiele beweiſen, daß hier von einem ſolchen Falle die Rede ſey, wo nicht durch verweigerte Annahme der ſchuldigen Zahlung, ſondern durch andere zufällige Urſachen, die ſich in der Perſon des Gläubigers ereignet haben, die Erfüllung der Verbindlichkeit auf Seiten des Schuldners verhindert wurde. Hier ſtimmen **Ulpian** und **Paulus** darin überein, daß es lediglich darauf ankomme, ob der Zufall, welcher den Gläubiger hinderte, die Zahlung, wozu der Conſtituent bereit war, in Empfang zu nehmen, ſich gerade zu der Zeit, da die Leiſtung geſchehen ſollte, in ſeiner Perſon ereignete, oder vorher, oder nachher. Nur in dem erſten Falle iſt er dem Gläubiger nachtheilig, in den übrigen Fällen hingegen iſt die Klage begründet. So ſind mit **Jacob Voorda** [71]) die Worte **Ulpians** zu erklären, welche ſo lauten: Proinde ſi valetudine impeditus, aut vi aut tempeſtate petitor non venit, ipſi nocere *Pomponius* ſcribit. Nach dieſen Worten iſt alſo der Gläubiger in mora, wenn der Schuldner am Zahlungstage bereit war, ſeine Verbind-



71) Interpretat. et Emendation. iuris Rom. Lib. I. cap. 16.

lichkeit zu erfüllen, und ihn zu dieſer Zeit nichts hinderte, die ſchuldige Zahlung zu leiſten, als die Gegenwart des Gläubigers, welcher am Zahlungstage nicht anzutreffen war, wenn letzterer auch durch einen bloßen ſeine Perſon betroffenen Zufall wäre gehindert worden, die ſchuldige Sache zur beſtimmten Zeit von dem Conſtituenten in Empfang zu nehmen. Fällt indeſſen gleich die actio de conſtituta pecunia in dieſem Falle weg, ſo kann ſich der Gläubiger doch noch immer der Klage bedienen, welche ihm des eingegangenen Geſchäfts wegen vor dem Conſtitutum zuſtand [72]). Denn daß durch das Conſtitutum die erſte Verbindlichkeit nicht aufgehoben werde, iſt ſchon oben bemerkt worden.

II. Die actio de conſtituta pecunia iſt bald *directa* bald *utilis*. Erſtere ſteht demjenigen zu, welchem conſtituirt worden iſt, er ſey der Gläubiger ſelbſt, oder ein Dritter, wenn dieſem nur mit Einwilligung des Gläubigers war conſtituirt worden [73]). Daher kann auch ein Procurator direct klagen, wenn dieſem die Zahlung iſt verſprochen worden [74]), und daß die Klage auch den Erben zuſtehe, leidet vollends keinen Zweifel [75]). Letztere hingegen kann auch einem

72) S. *Ulr.* HUBERI Praelect. ad Pand. h. t. §. 8. *Ger.* NOODT Comm. ad Dig. h. t. pag. 316. und *Ant.* SCHULTING Theſ. controv. Dec. XLVII. Th. 9.

73) *L. 5. §. 2. L. 6. L. 7. L. 8. D. h. t.* VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 3. STRUV Synt. iur. civ. h. t. Th. 79. et ad *Eundem* MÜLLER not. *α*.

74) *L. 5. §. 6. D. h. t.*

75) Denn die actio de conſtituta pecunia iſt, wie Ulpian lehrt *L. 18. §. 2. D. h. t.* eine bloß perſecutoriſche Klage, wenn gleich die Verbindlichkeit, welche durch das Conſtitutum beſtärkt

einem Dritten zuſtehen, nämlich den Pupillen, Minderjährigen und Städten, wenn deren Tutoren, Curatoren oder Actoren zum Beſten derſelben mit ihren Schuldnern conſtituirt haben [76]). Hat der Fiduciar mit den Schuldnern des Erlaſſers zum Beſten der Erbſchaft conſtituirt, ſo ſprechen zwar ihm die Geſetze nach geſchehener Ablieferung der Erbſchaft die actionem de conſtituta pecunia ab, weil nach der Verordnung des Trebellianiſchen Senatsſchluſſes die erbſchaftlichen Forderungen auf den Fideicommiſſar übergegangen ſind. Allein es fragt ſich, ob ſich nicht der Fideicommiſſar der conſtitutoriſchen Klage bedienen könne? Nun gehen zwar eigentlich die Klagen aus ſolchen Geſchäften, welche der Fiduciar vor der Reſtitution vorgenommen hat, nach dem angeführten Senatus-Conſultum nicht ipſo iure auf den Fideicommiſſar über, ſondern es muß ſich derſelbe deshalb die Rechte des Fiduciars beſonders cediren laſſen [77]). Es wird indeſſen dem Fideicommiſſar der Billigkeit wegen eine actio utilis ex conſtituto geſtattet; welche auch dem wahren Erben in dem Falle zuſteht, da derſelbe die Erbſchaft gegen den Beſitzer derſelben erſtritten hat, wenn dieſer zuvor mit den Erbſchaftsſchuldnern conſtituirt hatte [78]). Paulus beſtätiget alles dieſes, wenn

beſtärkt worden iſt, urſprünglich durch ein Delict entſtand. S. BOECKELMANN Comment. in Dig. h. t. §. 10. Daß daher die actio conſtitutoria ſowohl active als paſſive auf die Erben übergeht, beſtätiget ausdrücklich Juſtinian *L. 2. pr. Cod. h. t.*

76) *L. 5. §. 9. D. h. t.*

77) *L. 73. pr. D. ad Sctum Trebell.* S. Weſtphal von Vermächtniſſen und Fideicommiſſen 2. Th. §. 1859.

78) Nach dem ſtrengen Recht wirken ſonſt Verträge, die der Beſitzer

wenn er *L.* 22. *D. h. t.* ſagt: Si poſt conſtitutam tibi pecuniam, hereditatem ex Senatusconſulto Trebelliano reſtitueris, quoniam ſortis petitionem transtuliſti ad alium, deneganda eſt tibi *pecuniae conſtitutae actio.* Idem eſt in hereditatis poſſeſſore poſt evictam hereditatem. *Sed magis eſt, ut fideicommiſſario, vel ei, qui vicit, decernenda eſſet actio* 79).

## §. 852. b.

### Heutiger Gebrauch dieſer Lehre.

Der heutige Nutzen des Conſtitutums läßt ſich im Ganzen wohl nicht mit Grund bezweifeln. Zwar wirkt heutiges Tages ſchon jedes Verſprechen an ſich eine Klage, es mag in Rückſicht einer ſchon vorhandenen Verbindlichkeit

Beſitzer einer fremden Erbſchaft geſchloſſen hat, für den wahren Erben, wenn er die Erbſchaft erſtreitet, weder Verbindlichkeit, noch Recht. *L.* 17. *§.* 6. *D. de pactis.* Allein der Erbe kann verlangen, daß ihm der Beſitzer alle Klagen cedire, welche er der Erbſchaft wegen erworben hat. *L.* 16. *§.* 4. 5. *et ult. L.* 17. *L.* 18. *pr. L.* 20. *§.* 17. *L.* 30. *D. de heredit. petit.* Man vergleiche noch *Iac.* CUJACIUS in Comm. ad Tit. de pactis ad L. cit. 17. §. 6. h. t. *Fr.* DUARENUS Comm. ad h. Tit. cap. 8. *Oper.* pag. 933. *Lud.* CHARONDAS Πιθανων ſ. Veriſimil. Lib. II. cap. 8. und *Iul.* PACIUS Εναντιοφαν. Cent. I. Qu. 93.

79) Ohne Grund hält *Ant.* FABER Conjectur. iuris civ. Lib. XV. cap. 5. dieſe letztern Worte für einen Zuſatz des Tribonians. Man ſehe vielmehr über dieſes Geſetz die ſehr gründliche Erklärung in *Iuſt.* MEIERI Ενδοξων Iuſtinianeor. Decad. V. cap. 1. und *Iul.* PACIUS Εναντιοφαν. Centur. III. Qu. 37.

keit geſchehen, oder nicht. Deswegen läßt ſich aber doch mit Johann Schilter [80]) nicht behaupten, quod actio ex pacto moribus noſtris *ſibi in omnia ſufficiens* ſit, noch mit Georg Beyer [81]) dieſer Lehre aller heutiger Gebrauch abſprechen. Das *conſtitutum proprium* hat noch immer darin ſeinen Nutzen, daß dadurch ein nicht abſolut ungültiges, ſondern nur in Anſehung ſeiner Wirkungen eingeſchränktes Geſchäft vollgültig und wirkſam werden kann, wenn es unter ſolchen Umſtänden geſchiehet, unter denen ſich der Conſtituent vollgültig verpflichten kann. Daß auch beym Darlehn durch ein wiederholtes Zahlungsverſprechen die exceptio non numeratae pecuniae ausgeſchloſſen werde, iſt ſchon an einem andern Orte [82]) geſagt worden. Das *conſtitutum alienum* hingegen iſt heutzutage von der Fidejuſſion zwar nicht mehr in Anſehung der Form, wohl aber noch jetzt in Anſehung des Zwecks unterſchieden, inſofern es nämlich zu anderen Zwecken geſchiehet, als blos um dem Gläubiger Sicherheit zu verſchaffen [83]). Es iſt daher unrichtig, wenn einige [84]) behaupten, daß die Fidejuſſion ganz in das Conſtitutum übergegangen ſey, und daher heutzutage bey Bürgſchaften bloß die actio conſtitutoria Statt habe.

80) Prax. iuris Rom. Exercit. XXIV. §. 76.

81) Delineat. iuris civ. poſitionib. ſuccinctis comprehenſa ſecundum Pandectas h. t. pag. 281.

82) S. den 12. Th. dieſes Commentars S. 151. ff.

83) S. THIBAUT Syſt. des P. R. 2. B. §. 955. der 3. Aufl.

84) SCHILTER c. l. §. 78. HOFACKER Princip. iur. civ. Rom. germ. Tom. III. §. 2068. BEYER c. l. pag. 281.

## Lib. XIII. Tit. VI.

# Commodati vel contra.

### §. 853.

Begriff des Leihcontracts, und Erforderniſſe deſſelben.

Der andere Real-Contract, von welchem der Prätor in ſeinem Edict unter der Rubric *de rebus creditis* handelte, iſt der Leihcontract, (*commodatum*) [85]). Man verſteht darunter denjenigen Real-Contract, wodurch Jemand einem Andern eine Sache unentgeldlich zu einem in Rückſicht auf Art, Zweck, oder Zeit beſtimmten Gebrauch unter der Bedingung übergiebt, daß er nach geendigtem Gebrauch die Sache in Natur und unverdorben wieder zurückgeben ſolle [86]). Die Worte des Edicts, welches von dieſem

85) S. *Franc.* DUARENI Commentar ad hunc Tit. in *Operib.* pag. 951. ſqq. Auſſerdem haben *Io.* GOEDDAEUS, *Casp.* ZIEGLER, *Barth. Leonh.* SCHWENDENDOERFER und andere mehr, welche in LIPENII *Bibl. reali iurid.* v. *Commodatum* angeführt werden, von dieſem Contract gehandelt. Unter den neuern ſind zu bemerken *Mich. Henr. Ge.* REINHARDI Commentat. de commodato eiusq. actionibus. *Erfordiae* 1752. 4. und *Henr. Ant. van* ALPHEN van der Broeck Diſſ. de commodato. *Lugd. Bat.* 1785.

86) Das Wort *commodatum* hat verſchiedene Bedeutungen. Es wird

dieſem Contract handelte, lauteten nach Ulpian *L.* 1. *pr. D. h. t.* ſo: *Quod quis commodaſſe dicetur, de eo iudicium dabo.* Anton Faber [87]) folgert hieraus, daß die *actio commodati* eine prätoriſche Klage ſey. Vorher habe nach dem ältern Civilrecht nur *actio in factum praeſcriptis verbis* Statt gefunden. Allein richtiger iſt wohl die Meinung des Cocceji [88]), daß die actio commodati urſprünglich eine Civilklage ſey. Denn Ulpian zählt *L.* 7. *pr. et* §. 1. D. de pactis ausdrücklich das *commodatum* zu denjenigen conventionibus iuris gentium, welche von jeher eine Klage wirkten; die actiones in factum praeſcriptis verbis aber entſtanden erſt aus neuern Geſchäften, welche keine beſtimmte Klagformel hatten [89]). Es iſt auch gar keine richtige Folge, daß eine Klage darum eine actio praetoria ſey, weil ſie der Prätor in ſein Edict aufgenommen hat. Hierzu kommt, daß urſprünglich in dem Edict des Prätors nicht einmal das Wort *commodaſſe* gebraucht war, Pacuvius, der Urheber des Edicts, ſchrieb: *Quod quis utendum dediſſe dicetur*, wie Gerhard Noodt

wird nicht nur für dieſen Contract genommen, der oben definirt worden iſt, ſondern auch für die entlehnte Sache, z. B. commodatum accipere, reddere, reſtituere. *L.* 3. §. 3. *L.* 5. *pr. et* §. 13. *D. L. fin. Cod. h. t.* Bisweilen auch für die Klage aus dem Contract, z. B. commodati agere, commodati teneri. S. LAUTERBACHII Colleg. th. pract. Pand. h. t. §. 2.

87) Rational. in Pand. ad L. 1. pr. D. h. t.

88) Iur. civ. controv. h. t. Qu. 4.

89) S. MEISTERI Diſſ. de in factum actionibus. Cap. II. §. 33. in *Opuſc.* pag. 381.

Noodt [90]), bemerkt. Erſt Julian verbeſſerte dieſes in dem edicto perpetuo, und ſetzte dafür den paſſendern Ausdruck *commodaſſe*. Unum ſolummodo notandum, ſagt Ulpian *L.* 1. §. 1. *D. h. t.* quod qui Edictum concepit, (nämlich Julian) *commodati* fecit mentionem, cum PACUVIUS *utendi* fecerit mentionem. Von dem Leihcontract ſind folgende Sätze zu bemerken.

1) Das Commodatum iſt ein Realcontract, und wird, als ſolcher, erſt durch die Tradition perfect.

2) Es hat alſo nur Sachen zum Gegenſtande. Einige Rechtsgelehrten wollen zwar auch ein *commodatum perſonarum* annehmen, nämlich in Abſicht auf Dienſtleiſtung [91]). So ſagt Juſt Henning Böhmer [92]): Dari etiam *commodatum perſonarum* intuitu operarum ſuarum, notum. Quidni ergo etiam Epiſcopus vel alius Superior clericum alii eccleſiae ad certum tempus *commodare* poſſet? qui revocari nequit, niſi poſt uſum expletum. Eben dieſes behaupten wörtlich Paul Joſeph von Riegger [93]), und Xaver Gmeiner [94]); und Müller [95]) bemerkt noch inſonderheit hierüber Folgendes: Quin etiam

90) Commentar. ad Dig. h. t. pag. 317.

91) S. Otto Ludwig von Eichmann rechtliche und hiſtoriſche Anmerkungen von dem Leihen der Perſonen; (in deſſelben Sammlung kleiner Abhandlungen aus der Rechtsgelehrſamkeit. (Halle 1782. 8.) Nr. XV.

92) Inſtitut. iuris canon. Lib. III. Tit. 15. §. 8.

93) Inſtitut. iurisprud. eccleſ. P. III. §. 332.

94) Inſtitut. iuris eccleſ. Tom. II. §. 540. Cor. 3.

95) Ad *Struvii* Synt. iur. Exercit. XIX. Th. 4. not. *β*.

etiam hodie *commodare* poſſumus ſervos ſeu famulos noſtros, homines liberos. Videmus enim Principes perſonas aliis commodato dare cantores, coquos, et alios ſuos miniſtros. Allein das Römiſche Recht kennt kein Commodatum freyer Perſonen. Nur Sklaven, als Sachen betrachtet, konnten ein Gegenſtand dieſes Contracts ſeyn [96]). Wird einer freyen Perſon von demjenigen, welcher über ſie zu gebieten hat, erlaubt, oder anbefohlen, einem Dritten zu deſſelben Nutzen unentgeldlich gewiſſe Dienſte zu leiſten, ſo treten hier ganz andere rechtliche Verhältniſſe ein, welche zwar eine actio in factum, oder praeſcriptis verbis begründen können, aber nicht die actio commodati. Auch das Canoniſche Recht, worauf ſich Böhmer, und die übrigen oben angeführten Canoniſten berufen, weicht hierin von dem Römiſchen Recht nicht ab. Der hierüber ſprechende Text, *cap. un. X. de commodato* lautet ſo: Cum gratia ſui tantum quis commodatum accepit, de leviſſima etiam culpa tenetur, licet caſus fortuitus (niſi acciderit culpa ſua, vel intervenerit pactum, ſeu in mora fuiſſet) ſibi non debeat imputari. Contra eum quoque recte *commodati* non agitur, *niſi poſt uſum expletum, cuius gratia res fuerit commodata*, cum non decipi beneficio nos oporteat, ſed adiuvari. Auch das Canoniſche Recht nimmt alſo nur bey Sachen ein Commodatum an.

3) Die Sache wird im Commodat dem Empfänger blos zum Gebrauch gegeben. Er erhält daher nichts als eine Detention der Sache, keinen juriſtiſchen Beſitz, noch viel

96) *L. 5. §. 7. L. 22. D. h. t. L. 2. Cod. eodem.*

viel weniger ein Eigenthum [97]). Daher iſt es auch gleichgültig, ob die entlehnte Sache eine eigene Sache des Verleihers oder eine fremde Sache iſt [98]).

4) Die Sache muß dem Entlehner zu einem beſtimmten Gebrauche überlaſſen werden. Dieſer Gebrauch kann beſtimmt ſeyn 1) in Abſicht auf die Art deſſelben. Z. B. ich leihe Jemandem mein Pferd bloß zum Reiten oder zum Pflügen, oder zum Gebrauch für die Reitbahn; oder ich leihe Jemandem Geld bloß zur Prahlerey. [99]) 2) In Abſicht auf den Zweck. Z. B. es leihet mir Jemand ſeine goldene Uhr, um ſie meinem Gläubiger zum Pfande zu geben [100]). 3) In Abſicht auf die Zeit. Z. B. ich leihe Jemandem ein Buch blos auf einen Tag. Ueberhaupt kann der Gebrauch, den man in dieſem Contract dem Andern verwilliget, bald mehr, bald weniger beſchränkt ſeyn; er muß nur aber immer ſo beſchaffen ſeyn, daß er der weſentlichen Verbindlichkeit des Commodatars, die Sache in Natur zurückzugeben, nicht widerſpricht. Daher können denn auch fungible Sachen ein Gegenſtand dieſes Contracts ſeyn, wenn man ſie zu einem ſolchen Gebrauche entlehnt,

97) *L. 9. D. de rei vindicat. L. 4.* verglichen mit *L. 3. §. ult. D. ad exhib. L. 8. D. h. t. L. 9. D. eod. L. 38. §. 10. D. de uſur. L. 20. de acquir. vel amitt. poſſ. L. 1. §. 3. D. de precario.*

98) *L. 15. et 16. D. h. t.* NOODT in Comm. ad Dig. h. t. pag. 318.

99) *L. 3. §. 6. D. h. t.*

100) *L. 5. §. 12. D. h. t.*

lehnt, wodurch ſie nicht conſumirt werden [1]). Ulpian beſtätiget dieſes ſelbſt, wenn er *L.* 3. §. 4. *D. h. t.* ſagt: Non poteſt commodari id, quod uſu conſumitur: niſi forte ad pompam vel oſtentationem quis accipiat; und Cajus führt *L.* 4. *D. eodem* ausdrücklich das Beyſpiel vom Gelde an: Saepe etiam ad hoc commodantur pecuniae, ſagt er, ut *dicis gratia* [2]) numera-

Ee 2 tionis

1) S. HOFACKER Princip. iur. civ. Rom. Germ. Tom. III. §. 1875. a. E. Es iſt alſo unrichtig, wenn viele den Begriff des Commodats ſo beſtimmen, als wenn nur allein nicht fungible Sachen ein Gegenſtand deſſelben seyn könnten. Z. B. HUBER in Praelect. ad Inſtit. Lib. III. Tit. 15. §. 8. BOEHMER Introd. in ius Dig. h. t. §. 1. HEINECCIUS Elem. iur. civ. ſec. ord. Pand. h. t. §. 106. *Ge. Sam.* MADIHN Inſtitut. iur. civ. §. 409. u. a.

2) *Dicis cauſa* iſt ſoviel als perfunctorie, ſimulate, ad ſpeciem, zum Schein, was man ſonſt pro forma nennt. Ueber die Etymologie dieſes Ausdrucks ſind die Rechtsgelehrten nicht einig. Man ſehe darüber *Abrab.* WIELING Lection. iur. civ. Lib. I. cap. 3. Er ſelbſt leitet es von *ἀπὸ τῆς δίκης* her. Auch *Franc.* CONNANUS Commentar. iur. civ. Lib. VII. cap. 3. pag. 463. iſt der Meinung, daß der Ausdruck *dicis cauſa* aus dem Griechiſchen abſtamme, nämlich von *δίκαιον ius* vel *iuſtum.* Er ſagt daher: *dicis cauſa* datur hic pecunia, ut contractus ſit iuſtus, et ex legis praeſcripto. Cuius exemplum ſumi poteſt in omnibus imaginariis, quos appellamus, contractibus. Auch CICERO *Orat. IV. in Verrem. cap.* 24. braucht den erwähnten Ausdruck in der angegebenen Bedeutung, wenn er ſagt: *Attamen, ut poſſet dicere, ſe emiſſe, Archagato imperat, ut aliquid illis, quorum argentum fuerat, nummulorum* DICIS CAUSA *daret.* Man ſehe auch *Barn.* BRISSONIUS de Verb. Signif. voc. *Dicis cauſa.*

tionis loco intercedant. Man denke ſich z. B. den Fall, daß der Gläubiger, um ſeinen Schuldner, dem er die Schuld erlaſſen hat, gänzlich von ſeiner Verbindlichkeit zu befreyen, demſelben das Geld ſelbſt geliehen hätte, um ihm damit in Gegenwart von Zeugen zum Schein die Schuld zu bezahlen [3]).

5) Der Gebrauch der Sache muß unentgeldlich überlaſſen werden, jedoch

6) unter der Bedingung, die Sache nach geendigtem Gebrauche in Natur wieder zurückzugeben. Hierdurch unterſcheidet ſich der Leihcontract vom Darlehn. Denn in dem letztern wird das Eigenthum der Sache auf den Empfänger übertragen, mit der Verpflichtung, eine Sache von derſelben Art, Güte und Größe zur gehörigen Zeit zurückzugeben [4]).

## §. 854.

### Das Commodat iſt ein Realcontract.

Da der Leihcontract nach der Natur der Real-Contracte erſt durch die Uebergabe der Sache ſeine Perfection erhält, ſo muß man ein bloßes pactum de commodando davon wohl unterſcheiden. Ein ſolches iſt vorhanden, wenn die Sache noch nicht wirklich übergeben, ſondern blos deren Uebergabe verſprochen wird. Nach dem Römiſchen Recht

3) *L. 67. D. de ſolut.* iunct. L. 18. §. 1. D. de reb. cred. S. Ge. FRANTZKII Commentar. in Pand. h. t. nr. 13.

4) Von dieſen Unterſchiede handeln ausführlich MÜLLER ad *Struvium* Exercit. XIX. Th. 2. not. β. pag. 1223. und MADIHN cit. Inſtitut. §. 410.

Recht iſt dieſes unverbindlich, allein nach dem heutigen Recht begründet ein ſolcher Vertrag eine klagbare Verbindlichkeit zur Uebergabe [5]). Die Uebergabe kann übrigens auch hier ſowohl eine wahre, als erdichtete ſeyn. Z. B. ich habe Jemandem eine gewiſſe Sache in Verwahrung gegeben, und erlaube ihm nachher, dieſelbe als ein Commodatum zu gebrauchen [6]).

§. 855.

Wer trägt im commodato den caſum? Wenn kann die Sache zurückgefordert werden?

Daß der Commodatar nicht das Eigenthumsrecht der entlehnten Sache, ſondern nur ein Gebrauchsrecht erhält, iſt bereits bemerkt worden. Der Verleiher bleibt daher Eigenthümer [7]); ihn trifft folglich auch in



5) S. WERNHERI ſelect. Obſervat. for. Tom. I. Part. III. Obſ. 97. und THIBAUT Syſt. des Pand. R. 2. B. §. 914.

6) Es concurrirt hier die actio commodati mit der actione depoſiti electiviſch. S. STRYK Tr. de actionib. forens. Sect. I. Membr. V. §. 24. und *Ge.* OELRICHS Diſſ. de indole depoſiti notiſſimos terminos ſuos egredientis. *Goettingae 1777.* Sect. II. §. 3.

7) Auch nach teutſchen Rechten geht das Eigenthum der Sache nicht auf den Commodatar über, wenn gleich mehrere das Gegentheil haben behaupten wollen, deren Meinung aber *Io.* SCHILTER in Praxi iuris Rom. Exercit. XXV. §. 4.—10. zur Genüge widerlegt hat. Der Grund, daß nach der Verordnung einiger teutſcher Statuten der Verleiher gegen den dritten Beſitzer der geliehenen Sache keinen Anſpruch haben ſolle, iſt noch kein überzeugender Beweis. S. STRYK Us. mod. Pand. h. t. §. 5—8. und Eiſenharts Grundſätze der teutſchen Rechte in Sprüchwörtern. 4. Abth. Nr. IX. S. 346. ff.

in der Regel der Schade, wenn die Sache durch Zufall zu Grunde geht, geſetzt auch daß der Zufall durch die Art des Gebrauchs, wozu die Sache geliehen war, verurſacht worden wäre. Denn der Commodant hat es ſich alsdann ſelbſt zuzuſchreiben, daß er die Sache zu einem ſo gewagten Geſchäft hergeliehen hat. Es muß nur der Commodatar die Gränzen des ihm geſtatteten Gebrauchsrechts nicht überſchritten, noch ſonſt durch ein Verſehen den Zufall veranlaßt haben. Ein anders wäre freylich, wenn er den Zufall übernommen hätte, welches auch in dem Falle angenommen wird, da ſich der Commodatar verbindlich gemacht hat, entweder die geliehene Sache ſelbſt, oder deren Werth zu erſtatten, und die Sache in dieſer Abſicht geſchätzt worden iſt [8]). Die bloße Aeſtimation der geliehenen Sache, ohne daß der Commodatar ſeiner Seits dieſelbe zu erſtatten verſprochen hat, iſt nicht hinreichend, wenn gleich mehrere das Gegentheil behaupten [9]). Folgende Geſetzſtellen werden das Geſagte hinlänglich beſtätigen.

*L.* 5.

8) S. VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 5. BACHOVIUS ad *Treutlerum* Vol. I. Disputat. XXIV. Th. 3. GRIEBNER Progr. de aequitate Legum Rom. circa periculum rei commodatae. *Lipſiae 1702.* und *ab* EICHMANN Pr. de commodatario ad praeſtandum caſum obligato. *Duisburgi 1752.*

9) *Io.* D'AVEZAN Contractuum Lib. I. cap. 28. §. *Neque ex conventione.* (in *Ge.* MEERMANNI *novo Theſ. iur. civ. et canon.* Tom. IV. pag. 58.) BERGER in Oecon. iur. Lib. III. Tit. II. Th. 7. not. 3. BOECKELMANN Commentar. in Dig. h. t. §. 4. FRANTZKIUS Comm. in Pand. h. t. nr. 44. Allein man ſehe vielmehr *Guil.* PROUSTEAU Recitat. ad L. 23. D. de Reg. iur. Cap. XXVII. §. 7. et 8. (in MEERMANNI *Theſ. iur. civ. et can.* Tom. III. pag. 541.) *Iul.* PACIUS Εναντιοφαν. ſ. LL.

1) *L.* 5. §. 3. *D. h. t.* Et ſi forte res aeſtimata data ſit, omne periculum praeſtandum ab eo, *qui aeſtimationem ſe praeſtaturum recepit.*

Mit Recht bemerkt bey dieſer Stelle **Franz Connanus** [10]): At mihi videtur aeſtimatio non alia de cauſa fieri, quam ut certum ſit pretium rei, ſi forte contingat, eam dolo vel culpa vel negligentia accipientis amitti: ut ea de re non ſit amplius aut iudicio diſputandum, aut iurandum in litem. Quod adeo puto clarum eſſe, ut nulla dubitatio eſſe poſſit, praeſertim in hoc contractu, qui ſua natura dominium rei non transfert. Quando vero is, qui accipit commodato, de aeſtimatione rei convenit, recepitque aeſtimationem ſe praeſtaturum, ni rem reſtituerit; ea caſu aliquo peremta, cum iam non poſſit eam reſtituere, ex pacto ſuo tenetur ad aeſtimationem. Viele [11]) wollen zwar die angeführte Stelle nur von dem Falle verſtehen, wenn der Commodatar, wie gewöhnlich, von dem Contract den Vortheil allein hat. Denn wenn derſelbe in dieſem Falle die Aeſtimation verſprach, ſo könne man eine ſolche Verpflichtung nicht wohl für etwas anders,

 als

ſ. LL. Conciliatar. Centur. VII. Qu. 96. *Io.* BRUNNEMANN Comment. ad L. 5. §. 3. D. h. t. STRYK Us. mod. Pand. h. t. §. 4. und *de* COCCEJI iur. civ. controv. h. t. Qu. 21.

10) Commentar. iur. civ. Lib. VII. cap. 3. pag. 466.

11) SALICETUS ad L. 5. §. 3. D. h. t. *Ge.* FRANTZKIUS in Comm. h. t. n. 44. et 45. LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 22. Grieſinger im Commentar über das Wirtembergiſche Landrecht 1. B. S. 62. f. u. a. m.

als für eine Erklärung anſehen, den Zufall auf ſich nehmen zu wollen, weil er für die kleinſte Nachläſſigkeit ohnehin ſchon zu haften habe, und alſo das Verſprechen, den Werth zu erſtatten, ganz unnütz ſeyn würde, wenn der Commodatar nicht eine größere Verbindlichkeit damit hätte auf ſich nehmen wollen, als die ihm ohnehin ſchon obgelegen wäre. Man beſtärkt dieſe Erklärung vorzüglich damit, daß in dem unmittelbar vorhergehenden Worten des §. 2. *L.* 5. *cit.* der Satz aufgeſtellet werde: Commodatum plerumque *ſolam utilitatem* continere eius, *cui commodatur*; et ideo et culpam praeſtandam et *diligentiam*. Dieſen Satz dehne nun der Juriſt in dem §. 3. noch weiter dahin aus, daß er ſagt, der Commodatar müſſe in dieſem Falle, nämlich wenn er von dem Commodat allein den Vortheil hat, auch ſogar für den Zufall ſtehen, wenn er die Aeſtimation verſprochen habe. Hieraus ſchließen ſie, daß wenn das Commodatum ſowohl dem Verleiher als dem Entlehner vortheilhaft iſt, das Verſprechen der Aeſtimation den Commodatar nur verbindlich mache, für die geringſte Nachläſſigkeit zu haften, und wenn es bloß den Vortheil des Verleihers zum Zweck hat, der Commodatar nur zur Vertretung der culpae levis verbindlich werde. Denn man könne in dieſen beyden Fällen vernünftigerweiſe nur annehmen, daß ſich der Commodatar um einen Grad, nicht aber daß er ſich um zwey Grade mehr habe verbindlich machen wollen. Allein vergleicht man damit andere Stellen, die vom periculo rei aeſtimatae handeln, ſo wird man mit Ziegler [12]) gegründetes Bedenken finden dieſer Meinung beyzu-

12) Diſſ. de commodato Th. 106 — 114. in *Diſceptat. Eius ſelect.* pag. 502.

beyzuſtimmen. Um nur ein Beyſpiel anzuführen, ſo gereicht bekanntlich der Miethcontract beyden Theilen zum Vortheil. Daher haften ſie nur für culpa levis, wie Ulpian *L.* 5. §. 3. *D. h. t.* lehrt. Gleichwohl trägt der conductor die Gefahr, wenn er die ihm vermiethete Sache für einen beſtimmten Preiß übernahm. Paulus läßt uns hieran nicht zweifeln, wenn er *L.* 54. §. *ult. D. locati* ſagt: Servum, qui *aeſtimatus* colonae adſcriptus eſt, ad *periculum colonae* pertinere, *et ideo aeſtimationem huius defuncti ab herede colonae praeſtari oportere.* Daß der Pächter hier vermöge der geſchehenen Aeſtimation nur für culpa leviſſima, ſonſt aber für keinen Zufall zu haften habe, würde, wenn man dieſe Erklärung annehmen wollte, offenbar gegen die bekannte Bedeutung des Worts *periculum* ſtreiten, worunter gewöhnlich ein rein zufälliger Schade in den Geſetzen verſtanden wird [13]). Daher reden auch die Baſiliken [14]) von einem interitu ſervi, wenn es daſelbſt heißt: καὶ τελευτῶντος αὐτȣ̃ δίδοσι τὸ τίμημα. i. e. *et ſi interierit, aeſtimationem eius praeſtat*, und der griechiſche Ausleger Cyrill erklärt dieſe Stelle ganz richtig, wenn er nach der lateiniſchen Ueberſetzung des Fabrots [15]) ſagt: *Fundum tibi locavi cum ſervis ibi degentibus, quos aeſtimatos tibi dedi: non ſolum in his dolum et diligentiam praeſtas, ſed etiam caſus fortuitos* (τα τυχηρα) *agnoſcis. Didiciſti enim aeſtima-*



13) S. BRISSONIUS de Verb. Signif. voc. *Periculum.* und dieſen Commentar 4. Theil §. 325. S. 367.

14) Tom. II. Lib. XX. Tit. I. pag. 435.

15) Βασιλικῶν Tom. II. pag. 480.

*mationem periculum rem alienam accipientis facere* [16]).

2) *L.* 5. §. 4. *D. h. t.* Quod vero ſenectute contigit, vel morbo, vel vi latronum ereptum eſt, aut quid ſimile accidit, dicendum eſt, nihil eorum eſſe imputandum ei, qui commodatum accepit: niſi aliqua culpa interveniat. Proinde et ſi incendio, vel ruina aliquid contigit, vel aliquod damnum fatale, non tenebitur: *niſi forte, cum poſſit res commodatas ſalvas facere, ſuas praetulit* [17]).

Zur richtigen Erklärung dieſer Stelle iſt zu bemerken, daß dieſelbe keine Einſchränkung des unmittelbar Vorhergeſagten enthält, wo von dem periculo rei aeſtimatae die Rede war, ſondern vielmehr ſich auf denjenigen Satz bezieht, den **Ulpian** §. 2. aufgeſtellt hatte, nämlich daß der Commodatar in der Regel für die geringſte Nachläſſigkeit haftet, wie auch **Anton Faber** [18]), und **Reinhard Bachov** [19]) bemerkt haben. Sodann wird hier der Commodatar, wenn er in einer vorhandenen Gefahr, wo er die geliehenen Sachen retten konnte, ſeine eigenen vorgezogen hat, für ſchuldig erklärt, den dadurch verurſachten Schaden

16) Ausführlich handelt hiervon auch *Chriſt. Wilh.* WEHRN in Doctrina iuris explicatr. principior. et cauſar. damni praeſtandi. §. 33.

17) Faſt mit denſelben Worten ſagt eben dieſes **Paulus** *Receptar. Sententiar.* L. II. Tit. 4. §. 2.

18) Rational in Pand. ad L. 5. §. 3. in fin. D. h. t.

19) Not. ad *Treutlerum* Vol. I. Disput. 24. Th. 3.

den zu erſetzen. Es fragt ſich aber, ob dieſes unbedingt zu verſtehen, und etwa als eine Ausnahme, die nur hier eintritt, anzuſehen ſey? Die Rechtsgelehrten ſind hierüber verſchiedener Meinung [20]. Doneau [21]) trägt kein Bedenken, beydes zu bejahen. Accurſius hingegen, dem auch Hahn [22]), Lauterbach [23]), Brunnemann [24]) und mehrere andere beyſtimmen, glaubt, daß jener Satz blos dahin einzuſchränken ſey, wenn die geliehenen Sachen koſtbarer ſind, als die eigenen Sachen des Entlehners. Allein Cocceji [25]) giebt dieſer Meinung nur inſofern Beyfall, als die Rettung der eigenen Sachen des Commodatars dazu geſchahe, um den Verleiher wegen ſeines Verluſts daraus entſchädigen zu können. Noch anders unterſcheiden Frantzke [26]) und Ziegler [27]). Es ſoll nämlich darauf zu ſehen ſeyn, zu weſſen Vortheil das Commodatum iſt eingegangen worden. Wurde nämlich der Contract blos zum Vortheil des Commodatars eingegangen, wie der gewöhnliche Fall iſt, ſo dürfe derſelbe ſeine eigenen Sachen nie den entlehnten vorziehen, weil er hier zu dem möglichſten Fleiß verpflichtet ſey. Wurde hingegen das Commodatum bloß zum Vor-

20) Man ſehe WEHRN in Doctrina cit. Cap. IV. §. 13.

21) Commentar. iuris civ. Lib. XVI. cap. 7. pag. 887.

22) Obſervat. th. pract. ad *Weſenbecium* h. t. nr. VII. pag. 534.

23) Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 19.

24) Commentar. ad Pand. ad L. 5. §. 4. D. h. t.

25) Iur. civ. controv. h. t. Qu. 9.

26) Commentar. in Pand. h. t. nr. 48—51.

27) Diſſ. de caſu fortuito §. 12. in EIUS *Disceptat. ſelect.* Nr. XV. pag. 511. ſq.

Vortheil des Verleihers geſchloſſen, ſo trete der gemeine Satz ein, daß ein Jeder ſich ſelbſt der nächſte ſey. Wäre endlich der Contract zum Vortheil beyder Theile eingegangen, ſo komme es darauf an, welche von beyden Sachen von größerem Werthe ſind, die eigenen Sachen des Commodatars, oder die geliehenen Sachen? in dem erſtern Falle könne der Commodatar die ſeinigen mit Recht vorziehen, weil Niemand in einer gemeinſchaftlichen Gefahr verbunden ſey, einen größern Schaden zu leiden, um einen geringern von dem Andern abzuwenden; in dem letztern hingegen mache ſich der Commodatar eines Dolus ſchuldig, wenn er ſeine eigenen ſchlechtern Sachen den entlehnten koſtbareren Sachen bey der Rettung vorzieht. Herr Hofrath Schöman [28]) glaubt endlich den Sinn des Ulpians am nächſten zu erreichen, wenn er den von dieſem Juriſten aufgeſtellten Satz dahin modificirt, daß der Commodatar in Nothfällen nur nicht ſich allein helfen, und das Entlehnte ganz unbedacht laſſen ſolle. Wenn alſo der Commodatar eben ſoviel für den Commodanten, als für ſich aus einer ſolchen Gefahr gerettet hat, ſo könne man nicht von ihm ſagen, *ſuas res praetulit commodatis*, und dann wäre er für nichts gehalten. Nach meiner Anſicht geht man wohl immer den ſicherſten Weg, wenn man ſich an die Worte des Geſetzes hält, und ohne allen Unterſchied den Commodatar für ſchuldig erklärt, den Schaden zu erſetzen, wenn er im Falle einer vorhandenen Gefahr ſeine Sachen den fremden vorzog, während er die letztern hätte retten können [29]). Denn das Geſetz macht keinen Unterſchied.

28) Lehre vom Schadenserſatze I. Th. S. 194. f.

29) Eben dieſes behaupten VOET Comment. ad Pand. h. t. §. 4.

ſchied. Es iſt auch dieſes nicht etwa als eine Ausnahme anzuſehen, die nur beym Commodatum Statt findet. Nein, die Geſetze ſagen ganz allgemein, es ſtreite gegen die bona fides, wenn ein Contrahent mehr Fleiß auf ſeine eigene Sachen, als auf die fremden, verwendet, und daher in einem Falle, wo er dieſe gegen Beſchädigung ſichern konnte, ſeine eigene Sachen den fremden vorgezogen hat [30]). Denn er ſucht hier Vortheil aus der Unterlaſſung einer Handlung, zu deren Vornahme er rechtlich verbunden war, es wird alſo angenommen, daß er wiſſentlich gegen ſeine Pflicht gehandelt habe [31]). Es kann daher auch nicht auf den Grad des Fleißes ankommen, zu welchem der Contrahent ſonſt nach der Natur des eingegangenen Geſchäfts verpflichtet iſt. Solange es nun möglich geweſen wäre, die geliehenen Sachen zu retten, wenn nicht der Commodatar auch das Seinige zu retten geſucht hätte, kann man noch immer ſagen; ſuas res praetulit commodatis, weil ihn die Geſetze zu einer größern Sorgfalt in Anſehung der geliehenen Sachen

SCHILTER Prax. iur. Rom. Exercit. XXV. §. 11—13. *Ant.* FABER Rational. in Pand. ad L. 5. §. 4. D. h. t. STRYK Us. mod. Pand. h. t. §. 10. WERNHER lectiſſ. commentat. in Pand. h. t. §. 5. in fin. WEHRN c. l. Egid von Löhr Theorie der Culpa 1. Abſchn. S. 27. f. WALCH Introd. in controv. iur. civ. Sect. III. Cap. IV. membr. II. Subſ. III. §. 2. pag. 533. und THIBAUT Syſt. des Pand. Rechts 1. B. §. 254. Nr. V. S. 190. der 3. Ausg.

30) *L. 32. D. depoſiti. Cap. 2. X. eodem* wo es heißt: Bona fides abeſſe praeſumitur, ſi rebus tuis ſalvis exiſtentibus, depoſitas amiſiſti.

31) Löhr a. a. O. S. 27.

Sachen verpflichten, als er in ſeinen eigenen Sachen anzuwenden pflegt [32]).

3) *L.* 5. §. 7. *D. h. t.* Sed interdum et mortis damnum ad eum, qui commodatum rogavit, pertinet: nam ſi tibi equum commodavero, ut ad villam adduceres, tu ad bellum duxeris, commodati teneberis. Idem erit et in homine. Plane ſi ſic commodavi, ut ad bellum duceres, meum erit periculum. Nam et ſi ſervum tibi tectorem commodavero, et de machina ceciderit, periculum meum eſſe *Iulianus* ait. Sed ego ita hoc verum puto, ſi tibi commodavi, ut et in machina operaretur. Caeterum ſi, ut de plano opus faceret, tu eum impoſuiſti in machina, aut ſi machinae culpa factum, minus *diligenter* non ab ipſo ligatae, vel funium, perticarumque vetuſtate: dico periculum, quod culpa contigit rogantis commodatum, ipſum praeſtare debere.

4) *L.* 18. *pr. D. h. t.* In rebus commodatis talis diligentia praeſtanda eſt, qualem quisque diligentiſſimus paterfamilias ſuis rebus adhibet: ita ut tantum eos caſus non praeſtet, quibus reſiſti non poſſit; veluti mortes ſervorum, quae ſine dolo et culpa eius accidunt, latronum hoſtiumve incurſus, piratarum inſidias, naufragium, incendium, fugas ſervorum, qui cuſtodiri non ſolent. Quod autem de latro-

32) *L.* 3. *D. de periculo et commodo rei vend.* Cuſtodiam autem venditor talem praeſtare debet, quam praeſtant hi, quibus res commodata eſt; *ut diligentiam praeſtet exactiorem, quam in ſuis rebus adhiberet.*

latronibus et piratis et naufragio diximus, ita ſcilicet accipiemus, ſi in hoc commodata ſit alicui res, ut eam rem peregre ſecum ferat: alioquin ſi cui ideo argentum commodaverim, quod is amicos ad coenam invitaturum ſe diceret, et id peregre ſecum portaverit, ſine ulla dubitatione etiam piratarum, et latronum et naufragii caſum praeſtare debet.

5) *L.* 1. *C. h. t.* Ea quidem, quae vi maiore auferuntur, detrimento eorum, quibus res commodantur, imputari non ſolent. Sed cum is, qui a te commodari ſibi bovem poſtulabat, hoſtilis incurſionis contemplatione periculum amiſſionis, ac fortunam futuri damni in ſe ſuscepiſſe proponatur: Praeſes provinciae, ſi probaveris, eum indemnitatem tibi promiſiſſe, placitum conventionis implere eum compellet.

Ich habe oben geſagt, daß im Leihcontract eine Sache zu einem beſtimmten Gebrauche gegeben werde. Hieraus folgt,

1) daß der Commodatar die Sache nicht anders gebrauchen dürfe, als es ihm der Contract erlaubt. Ueberſchreitet er hierin die ihm vorgezeichneten Grenzen, ſo begeht er eine unerlaubte Handlung, welche man furtum uſus [33]) nennt, und die zur Folge hat, daß er nun auch für den Zufall ſtehen muß, welcher die Sache bey dieſem con-

33) Ein ſolches furtum uſus begeht der Commodatar auch ſchon dann, wenn er die Sache einem Andern leihet, um ſich dadurch einen Vortheil zu verſchaffen. *L. 54. §. 1. D. de furt.* VOET Comm. ad Pand. Lib. XLVII. Tit. 2. §. 5. und *Aug. Frid.* SCHOTT Diſſ. de furto uſus. *Lipſiae 1775. §.* 12.

contractswidrigen Gebrauch betroffen hat [34]). Juſtinian ſagt §. 6. *I. de obligat, quae ex delicto naſcuntur*: Si is, qui rem utendam accepit, in alium uſum eam transferat, quam cuius gratia ei data eſt, furtum committit: veluti, ſi quis argentum utendum acceperit, quaſi amicos ad coenam invitaturus, et id peregre ſecum tulerit, aut ſi quis equum geſtandi cauſa commodatum ſibi longius aliquo duxerit; quod veteres ſcripſerunt de eo, qui in aciem equum perduxiſſet. Eben dieſes wird auch an einem andern Orte, §. 2. *I. Quib. modis re contrab. oblig.* geſagt, wo es heißt: Sed propter maiorem vim, maioresque caſus non tenetur ſc. commodatarius, ſi modo non ipſius culpa is caſus intervenit. Alioqui ſi id, quod tibi commodatum eſt domi, peregre tecum ferre malueris, et vel incurſu hoſtium praedonumve vel naufragio amiſeris: dubium non eſt, quin de reſtituenda ea re tenearis. Es iſt jedoch zu bemerken, daß der Commodatar ſich nur dann eines furti uſus ſchuldig mache, wenn er wuſte, daß er die Sache zu einem Gebrauche anwende, wodurch er die ihm ertheilte Erlaubniß überſchreite. Denn glaubte er, daß der Commodant dieſen Gebrauch nicht mißbilligen werde, ſo kann er ſich zwar wohl einer Culpa, aber keines Furtums ſchuldig machen, wie aus folgenden Geſetzſtellen erhellet.

§. 7. *I. de obligationibus, quae ex delicto naſc.* Placuit tamen, eos, qui rebus commodatis aliter uterentur,

34) S. HOMMEL Rhapſod. quaeſtion. for. Vol. II. Obſervat. 268. und WERNHER ſelect. Obſervat. for. Tom. I. P. IV. Obſ. 214. nr. 14. et 15.

tur, quam utendas acceperint, *ita furtum committere, ſi ſe intelligant, id invito domino facere, eumque, ſi intellexiſſet, non permiſſurum:* at ſi permiſſurum credant, extra crimen videri: optima ſane diſtinctione: quia furtum ſine affectu furandi non committatur.

*L. 76. pr. D. de furt.* Qui re ſibi commodata, vel apud ſe depoſita, uſus eſt aliter, atque accepit, ſi exiſtimavit, *ſe non invito domino id facere*, furti non tenetur; ſed nec depoſiti ullo modo tenebitur. Commodati an teneatur, *in culpa aeſtimatio erit*, id eſt, an non debuerit exiſtimare, id dominum permiſſurum [35]).

Es concurrirt in dieſem Falle mit der actione commodati die actio furti, oder condictio furtiva [36]).

2) Die

35) Der Sinn dieſer letztern Worte geht dahin, die Entſcheidung der Frage, ob in dieſem Falle die actio commodati Statt finde, hängt davon ab, ob dem Commodatar dabey eine Culpa zur Laſt fällt, z. B. er hatte keinen hinlänglichen Grund zu glauben, daß der Verleiher den von ihm gemachten Gebrauch nicht mißbilligen werde. Beym Depoſitum kann dies nicht in Betrachtung kommen, weil hier nur Dolus präſtirt wird; allein der Commodatar muß für jede Culpa haften. S. POTHIER Pand. Iuſtin. Tom. III. Tit. de furtis. Nr. XII. not. e. et f. pag. 400. *Ant.* SCHULTING Theſ. controverſ. Decad. XLVIII. Th. 5. und BRUNNEMANN in Comment. ad L. 76. pr. D. de furt. pag. 605.

36) *L. 5. §. 8. L. 14. D. h. t. L. 71. pr. D. de furt.* Beſonders merkwürdig iſt *L. 16. D. de condict. furtiva*, wo Pomponius ſagt: Qui furtum admittit vel re commodata (ſc. ultra modum commodato praeſcriptum) vel depoſita utendo, *condictione* quoque *ex furtiva cauſa* obſtringitur, quae differt ab *actione commodati* hoc, *quod etiamſi ſine dolo malo et culpa eius* *inter-*

2) Die geliehene Sache darf auch nicht zur Unzeit und vor geendigtem Gebrauche zurückgefordert werden. Hierdurch unterſcheidet ſich das Commodat vom Prekarium, worunter man denjenigen Vertrag verſteht, wodurch der unbeſtimmte Gebrauch einer Sache unentgeldlich und bittweiſe auf Jemanden übertragen wird [37]). Die auf ſolche Art verwilligte Sache kann daher von dem Empfänger zu jeder Zeit zurückgefordert werden [38]). Mehrere Differenzen geben Cujaz [39]), Hilliger [40]) und Müller [41]) an, wovon an einem andern Orte [42]) ein Mehreres. Man pflegt jedoch beym Commodatum den Fall auszunehmen, wenn der Commodant wegen eines unvermutheten Vorfalls ſeiner Sache ſelbſt benöthiget iſt. Hier, ſagt man, ſey er befugt, ſeine Sache auch vor geendigtem Gebrauche zurückzufordern [43]). Allein dieſe Ausnahme iſt in dem römiſchen Recht

*interierit res*, condictione tamen tenetur, cum in commodati actione non facile ultra culpam, et in depoſiti non ultra dolum malum teneatur is, cum quo depoſiti agetur. S. *Greg.* MAJANSII ad XXX. ICtorum fragmenta Commentar. Tom. I. pag. 470.

37) *L. 1. pr. D. de precario.*

38) *L. 2. §. 2. L. 12. pr. D. eodem. Cap. fin. X. eodem.*

39) Obſervation. Lib. XXIII. c. 21.

40) Ad *Donellum* Lib. XIV. cap. 34.

41) Ad *Struvium* Exercit. XIX. Th. 2. not. β.

42) Lib. XLIII. Tit. 26.

43) ZOESIUS Comm. ad Pand. nr. 19 et 20. HUBER Praelect. ad Pand. h. t. §. 4. und in Eunom. Rom. pag. 536. ECKOLT compendiar. Pand. Tractat. h. t. §. 4. STRUV Synt. iur. civ. Exercit. XIX. Th. 8. et MÜLLER ad Eundem not. α. LAUTERBACH

Recht nicht gegründet, wie ſchon Voet [44]), und Johann Wunderlich [45]) hinlänglich gezeigt haben. Das Gegentheil ergiebt ſich theils aus der Natur des Contracts, theils aus der ganz entſcheidenden *L.* 17. §. 3. *D. h. t.* wo Paulus ſagt: Sicut autem voluntatis et officii magis; quam neceſſitatis eſt, commodare, ita modum commodati finemque praeſcribere, eius eſt, qui beneficium tribuit. Cum autem id fecit, (id eſt, poſtquam commodavit) tunc finem praeſcribere et retro agere, atque *intempeſtive* uſum commodatae rei auferre, non officium tantum impedit, ſed et ſuſcepta obligatio inter dandum accipiendumque: geritur enim negotium invicem: *et ideo invicem propoſitae ſunt actiones, ut appareat, quod principio beneficii ac nudae voluntatis fuerat, converti in mutuas praeſtationes, actionesque civiles:* ut accidit in eo, qui abſentis negotia gerere inchoavit: neque enim impune peritura deſeret; ſuſcepiſſet enim fortaſſis alius, ſi is non coepiſſet; *voluntatis eſt enim ſuſcipere mandatum, neceſſitatis conſummare.* Igitur ſi pugillares mihi commodaſti, *ut debitor mihi caveret,* non recte facies *importune* repetendo: nam ſi negaſſes, vel emiſſem, vel teſtes adhibuiſſem. Idemque eſt, ſi ad fulciendam inſulam

 tigna

BACH Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 11. BERGER Oecon. iuris Lib. III. Tit. 2. Th. 5. Not. 1. STRYK Uſ. mod. Pand. h. t. §. 1. und unter den neuern WALCH Introduct. in controv. iur. civ. Sect. III. cap. IV. Membro II. Subſ. III. §. 1. pag. 532. und Dabelow im Handbuch des heutigen Privatrechts 2. Th. §. 1214.

44) Comment. ad Pand. h. t. §. 9.

45) Commentat. de Pugillaribus. *Ienae* 1756. §. 9—12.

tigna commodaſti, deinde protraxiſti, aut etiam ſciens vitioſa commodaveris: *adjuvari quippe nos, non decipi, beneficio oportet.* Ex quibus cauſis etiam *contrarium iudicium* utile eſſe dicendum eſt. Man wendet zwar dagegen ein, daß nach *L. 3. C. de locato* der Vermiether die Sache wegen eines unvermutheten Bedürfniſſes vor geendigter Miethzeit zurückfordern könne. Allein dieſe Analogie iſt nicht paſſend, weil der Conductor, wenn er die gemiethete Sache vor Ablauf der Miethzeit zurückgeben muß, einen verhältnißmäßigen Abzug am Miethgelde macht, und dann für ſein Geld immer wieder eine andere Miethe erhalten kann. Er leidet alſo keinen ſo großen Schaden, als der Commodatar, welcher den Gebrauch der Sache unentgeldlich erhalten hat. Hierzu kommt, daß die gedachte Vorſchrift in Anſehung des Miethcontracts ſchon an ſich eine ſinguläre iſt, welche von den allgemeinen Rechtsprincipien abweicht, wie **Weber** 46) ſehr gründlich bemerkt hat. Geſetzt alſo auch, die Analogie wäre paſſend, ſo würde dennoch die Ausdehnung unzuläßig ſeyn, weil ſolche beſondere Anordnungen des Civilrechts als Ausnahmen von der Regel zu behandeln ſind, welche nicht ausdehnend erklärt werden dürfen. Mit Recht haben daher auch unter den neuern Rechtsgelehrten, **Höpfner** 47) und **Malblank** 48) jene gemeine Meinung der ältern verlaſſen.

§. 856.

46) Von der natürlichen Verbindlichkeit §. 90. S. 388. der 4. Aufl.

47) Commentar über die Heinecc. Inſtitutionen §. 772. Not. 1.

48) Princip. iuris Rom. ſec. ord. Dig. P. II. §. 496. pag. 348.

§. 856.

Das Commodat iſt ein contractus gratuitus.

Es gehört ferner zu den weſentlichen Beſtimmungen des Leihcontracts, daß die Ueberlaſſung des Gebrauchs unentgeldlich, d. i. ohne einen verſprochenen Lohn geſchehe [49]). Denn wird dafür Etwas bedungen, ſo iſt das Geſchäft kein Commodat, ſondern entweder ein Miethcontract, wenn für den Gebrauch der Sache ein Lohn in Gelde verſprochen wird, oder ein unbenannter Contract (*contractus innominatus do ut des*) wenn etwas anders dagegen zu geben feſtgeſetzt worden iſt. Juſtinian hebt dieſe weſentliche Beſtimmung des Leihcontracts vorzüglich aus, wenn er §. 2. *I. Quibus modis re contrah. obligat.* ſagt: Commodata autem res tunc *proprie* intelligitur, *ſi nulla mercede accepta vel conſtituta res tibi utenda data eſt*: alioqui mercede interveniente locatus tibi uſus rei videtur. *Gratuitum enim debet eſſe commodatum.* Eben dieſes beſtärkt Ulpian *L.* 5. §. 12. *D. h. t.* Si merces intervenit, vel *in factum*, vel *ex locato conducto* agendum erit. Wird Etwas nach geendigtem Gebrauche blos aus Erkenntlichkeit gegeben, dergleichen Belohnung man honorarium [50]) zu nennen pflegt; ſo wird dadurch das Weſen des Contracts nicht geändert, wenn ſolches auch verſprochen worden wäre [51]).



49) In HUFELANDS Lehrbuche des Civilrechts I. B. §. 554. iſt dieſe Beſtimmung überſehen worden.

50) *L. 1. pr. D. Si menſor falſ. mod. dix.* Zuweilen auch *honor*, wie *L. 6. pr. D. mandati*, und bey SENECA Lib. I. Controv. 8.

51) S. *Adolph. Frid.* TRENDELENBURG Diſſ. de honorario eiusque

## §. 857.

### Gegenſtand des Commodats. Verbindlichkeiten des Commodatars.

Der Gegenſtand dieſes Contracts können alle Sachen ſeyn, welche zu einem ſolchen Gebrauche geliehen werden, wobey ſie nach Beendigung deſſelben in Natur reſtituirt werden können; ſie mögen bewegliche oder unbewegliche ſeyn. Z. B. ich leihe Jemandem den Boden meines Hauſes, um ſeine Wäſche darauf zu trocknen. Selbſt unkörperliche Sachen ſind nicht ausgeſchloſſen, z. B. Ausübung einer Servitut. Die alten römiſchen Rechtsgelehrten waren zwar hierüber, wie **Ulpian** *L.* 1. §. 1. *D. h. t.* erzählt, verſchiedener Meinung. **Labeo** glaubte, daß nur bewegliche Sachen ein Gegenſtand des Leihcontracts ſeyn könnten. **Caſſius** hingegen lehrte, daß auch bey unbeweglichen Sachen ein Commodat ſtatt finde. Die letztere Meinung erhielt jedoch mit Recht den Vorzug [52]). **Vivian** ging ſogar ſoweit, daß er behauptete, auch die Habitation, welche doch als Servitut eine unkörperliche Sache iſt, könne einem Andern als ein Commodat überlaſſen werden. **Ulpian** verwirft zwar dieſe Meinung nicht, glaubt aber doch, es ſey hier ſicherer, ſtatt der actio commodati, ſich der *actio praeſcriptis verbis* zu bedienen. Es ſind hier folgende zwey Stellen **Ulpians** merkwürdig, welche beyde aus deſſelben

que a mercede diſcrimine. *Chilonii* 1775. §. 8. Der Commodatar wird auch dadurch nicht von der Verbindlichkeit befreyet, den von ihm zugefügten Schaden zu erſetzen. S. *Chriſt. Henr.* BREUNING Quaeſt. iur. controv. An honorarii datio in contractibus gratioſis liberet a damno dato reſtituendo? *Lipſiae* 1772. §. 3. et 4.

52) Ein Beyſpiel von einem commodato aedium kommt bey JUVENAL *Satyr. VII. v.* 40. vor.

ſelben *Lib.* 28. *ad Edictum* genommen, und daher mit einander zu verbinden ſind.

1) *L.* 1. §. 1. *D. h. t.* wo es heißt: Inter *commodatum* autem, et *utendum datum* LABEO quidem ait, tantum intereſſe, quantum inter genus et ſpeciem: *commodari enim rem mobilem, non etiam ſoli*; utendam dari etiam rem ſoli. *Sed, ut apparet, proprie commodata res dicitur, et quae ſoli eſt*; idque et CASSIUS exiſtimat: VIVIANUS amplius etiam *habitationem* commodari poſſe ait.

2) *L.* 17. *pr. D. de praeſcript. verbis.* Si gratuitam tibi habitationem dedero, an *commodati* agere poſſim? et VIVIANUS ait, poſſe. *Sed eſt tutius, praeſcriptis verbis agere.*

Ueber den eigentlichen Sinn dieſer letztern Stelle ſind jedoch die Ausleger nicht einverſtanden. **Voet** [53]) meint, es ſey hier nicht von einem commodato iam conſtitutae habitationis, ſondern von einer habitatione per commodatum conſtituenda die Frage, weil **Ulpian** an einem andern Orte [54]) lehre, daß man die Habitation, die man ſelbſt nur als eine Servitut ausübt, keinem Andern ſchenkungsweiſe überlaſſen, ſondern nur verpachten könne. Dahingegen könne eine Servitut ſo gut durch ein Commodat, wie durch ein Legat, conſtituirt werden. Bey der Habitation habe dieſes vollends keinen Zweifel, da **Papinian** und **Scävola** dieſes ausdrücklich beſtätigten, wie aus folgenden Stellen erhelle.



53) Commentar. ad Pand. h. t. §. 1. und Lib. VII. Tit. 8. §. 6.

54) *L.* 10. *pr. D. de uſu et habitat.*

*L. 27. D. de donat.* Aquilius Regulus iuvenis ad Nicoſtratum Rhetorem ita ſcripſit: *Quoniam et cum patre meo ſemper fuiſti, et me eloquentia, et diligentia tua meliorem reddidiſti, dono et permitto tibi habitare in illo coenaculo, eoque uti.* Defuncto Regulo, controverſiam habitationis patiebatur Nicoſtratus: et cum de ea re mecum contuliſſet, dixi poſſe defendi, non meram donationem eſſe, verum officium magiſtri quadam mercede remuneratum Regulum: ideoque non videri donationem ſequentis temporis irritam eſſe: quod ſi expulſus Nicoſtratus veniat ad iudicem, ad exemplum Interdicti, quod fructuario proponitur, defendendus erit: quaſi loco poſſeſſoris conſtitutus, qui uſum coenaculi accepit.

*L. 32. D. eodem.* Lucius Titius epiſtolam talem miſit: *Ille illi ſalutem. Hoſpitio illo, quamdiu volueris, utaris, ſuperioribus diaetis omnibus gratuito: idque te ex voluntate mea facere, hac epiſtola notum tibi facio.* Quaero an heredes eius habitationem prohibere poſſunt? Reſpondit, ſecundum ea, quae proponerentur, heredes eius poſſe mutare voluntatem.

Er fügt auch noch den Grund hinzu, daß nach der Meinung des Pomponius *L. 3. et L. 15. § 2. D. de precario* ſogar Prädial-Servituten durch ein Prekarium conſtituirt werden könnten. Warum alſo nicht auch durch ein Commodatum? da Ulpian *L. 1. §. 3. D. eodem* ſelbſt ſage, das Prekarium habe eine Aehnlichkeit mit dem Commodatum. Ganz mit Voet ſtimmt auch Juſtus Meier [55]) überein. Franz Duaren [56]) hingegen verſteht die Stelle Ulpians richti-

ger

55) Colleg. iur. argentorat. h. t. §. 6.

56) Commentar. ad h. Tit. cap. 2. *Oper.* pag. 952.

ger ſo, daß derjenige, welcher die Habitation, d. i. das ius habitandi in aliqua domo, als eine Servitut hat, auch einem Andern erlauben könne, auf eine beſtimmte Zeit in dieſem Hauſe zu wohnen, dieß heiße hier commodare habitationem. Anton Faber [57]) iſt gleicher Meinung. Er wendet inſonderheit gegen jene erſtere Erklärung ein, daß die Beſtellung einer Servitut durch ein Commodat ganz der Natur dieſes Contracts widerſtreite, indem vermöge derſelben die geliehene Sache nach geendigtem Gebrauche in Natur reſtituirt werden müſſe, welches bey der Beſtellung einer Servitut nicht möglich ſey, weil ſie vor der Beſtellung nicht exiſtirte, und nach Endigung der Conceſſion wieder erliſcht. Ein Prekarium laſſe ſich hier eher gedenken, denn dieſes erfordere weiter nichts, als das Bitten oder Nachſuchen von Seiten des Empfängers, und die Ausübung einer Freygebigkeit von Seiten des Verwilligenden, die ſo lange dauert, bis es demſelben ſolche zu wiederrufen beliebt. Quid vero intereſt, ſagt dieſer Juriſt, quantum ad liberalitatem exercendam pertinet, an concedam tibi, uti ea re, quae iam antea fuerit mea, an eo iure, quod nec meum adhuc fuerit nec tuum? et quod revocata liberalitate nec tuum, nec meum futurum ſit. Sufficit vero ad conſtituendum precarium, ut utilitatem aliquam et commodum adferre poſſit accipienti, ſive uſus, ſive poſſeſſionis alicuius: nec aliud quidquam exigitur, in quo manifeſte differt a commodato. Johann Jacob Wiſſenbach [58]), nimmt zwar dennoch die erſte Meinung wieder in Schutz, und ſucht das Argument

57) De errorib. Pragmaticor. Decad. LXXVII. Err. 7.

58) Exercitation. ad Pand. P. I. Diſp. XXVII. Th. 9.

ment des Fabers dadurch zu entkräften, daß er beym commodato ſervitutum eine fingirte Reſtitution annimmt, ſo wie bey unkörperlichen Sachen eine Quaſi-Tradition Statt findet. Er ſagt nämlich: Si finito tempore commodati alter contra bonam fidem uti pergat, agendum erit, ut deſinat uti, quod dum facit, et ex cauſa forte deſuper cavet, cenſetur reſtituere. Allein wie wenig ſich die Idee von einer reſtitutio ficta mit der Natur des Leihcontracts vertrage, leuchtet in die Augen. **Bachov** [59]) und **Hotomann** [60]) nehmen keine von beyden Erklärungen an, ſondern läugnen geradezu, daß **Ulpian** von dem Commodat einer unkörperlichen Sache rede. Nach ihrer Erklärung ſoll das Wort *habitatio* hier kein Recht andeuten, ſondern darunter ein Haus zu verſtehen ſeyn. Allein nach dieſer Anſicht wäre ja das Commodat der Habitation von einem commodato rei immobilis nicht unterſchieden. Von unbeweglichen Sachen war aber ſchon vorher die Rede. Die Worte: *amplius etiam habitationem commodari poſſe*, beweiſen vielmehr, wie auch ſchon **Anton Schulting** [61]) ganz richtig erinnert hat, daß **Ulpian** von einem Gegenſtande handeln wollte, der noch mehrerem Zweifel, als das Commodat unbeweglicher Sachen, unterworfen war. **Hieronymus von Oroz** [62]) glaubt endlich, **Ulpian** habe Bedenken getragen, die Meinung des **Vivianus** zu unterſchreiben. Er läugnet daher, daß unkörperliche

59) Not. ad *Treutlerum* Vol. I. Diſput. XXIV. Th. I. Lit. D.

60) Obſervation. lib. III. cap. 23. pag. 63. (*Baſiliae* 1574. 8.)

61) Theſ. controverſar. Decad. XLVIII. Th. 1.

62) De apicibus iuris civ. (*Lugd.* 1661. f.) Lib. III. cap. 7. nr. 8. pag. 227.

liche Sachen ein Gegenſtand des Leihcontracts ſeyn könnten. Die unentgeldliche Einräumung der Habitation ſey zwar eine Donation, aber kein Commodatum. Dieß lehre auch **Pomponius** *L. 9. pr. D. de donat.* wo er ſagt: In aedibus alienis habitare gratis, *donatio* videtur: id enim ipſum capere videtur, qui habitat, quod mercedem pro habitatione non ſolvit. Allein auch dieſe Meinung entſpricht dem Geiſt des Geſetzes nicht. Der Ausdruck *tutius eſt*, zeigt zwar allerdings an, daß unter den römiſchen Rechtsgelehrten darüber Zweifel entſtanden ſey. Allein daß **Ulpian** die Meinung des **Vivianus** ſchlechterdings verworfen habe, folgt daraus nicht. Es ſagt vielmehr **Wiſſenbach** [63]) ſehr gründlich: Hoc in more fuit poſitum priſcis ICtis, ut ubi aliqua vel levis dubitatio eſſet, an competeret actio ordinaria, ſimul proponerent *actionem praeſcriptis verbis*. Itaque fateor hoc, quod ſolum probat *d. L.* 17. dubitaſſe quosdam, an commodatum eſſet etiam rerum incorporalium: atquin fuiſſe etiam, qui hoc affirmarent, apertiſſimum eſt ex *d. L.* 1. §. 1. *in fin. D. Commodati.* Et *Ulpianus* in *d. L.* 17. ita proponit *actionem praeſcriptis verbis*, ut non neget actionem commodati. Qui enim dicit, *tutius eſſe praeſcriptis verbis agi*, utique *commodati agi poſſe* fatetur et concedit [64]). Unter allen Erklärungen über die *L.* 17.

63) Cit. loc.

64) In den Baſilicis Tom. II. Lib. XX. Tit. 4. Conſt. 17. pr. pag 506. wird die actio commodati ausdrücklich erwähnt. Es heißt nämlich daſelbſt: Εὰν παράσχω σοι δῶρον ὄικησιν, ἔχω τὴν ἐπὶ τοῖς κεχρημένοις ἀγωγην; ἀσφαλέςερον δὲ τὴν περὶ τῶν προγεγραμμένων συμφῶνων ἀγωγην κινεῖν. i. e. *Si gratuitam*

*L.* 17. bleibt alſo wohl die des Duarens, welcher auch Faber beyſtimmt, die richtigſte. Es ſteht auch derſelben die von Voet angeführte *L.* 10. *pr. D. de uſu et habitat.* nicht entgegen. Denn Anton Faber [65]) hat ganz richtig darauf geantwortet, daß zwiſchen einem Commodat, von welchem hier die Rede iſt, und einer Schenkung, von welcher die *L.* 10. *cit.* redet, ein Unterſchied ſey, welcher darin beſteht, quod commodatum, wie ſeine Worte lauten, ſemper certo uſu certoque tempore concluditur, non etiam donatio: quamvis extra hanc differentiam proxime accedat commodatum ad donationem, quia uterque contractus ex mera concedentis liberalitate proficiſcitur, cum gratuitum, ut diximus, commodatum eſſe debeat. Die übrigen Geſetze reden aber nicht einmal von der Servitut der Habitation, ſondern von einer bloſſen Erlaubniß in einem fremden Hauſe unentgeldlich zu wohnen, welche man einem Andern ſchenkungsweiſe ertheilt; und die Frage war hauptſächlich die, ob eine ſolche Conceſſion nach der Lex Cincia beſtehen könne, wodurch ehemals bey Schenkungen ein gewiſſer modus war feſtgeſetzt worden, wie Cujaz [66]), Connanus [67]), Balduin [68]), Gi-

*tuitam tibi habitationem dedero, commodati actionem habeo. Sed eſt tutius, praeſcriptis verbis agere.*

65) Rational. in Pand. ad L. 1. §. 1. D. h. t. not. a.

66) Lib. XVII. Obſervation. cap. 33. und Lib. XXI. cap. 37.

67) Commentar. iur. civ. Lib. V. cap. 9. nr. 6.

68) Diſputat. duae de iure civ. ex Papiniano. Diſputat. I. ad L. 5. D. de Transact. pag. 326. (edit. *Gundling.* Halae 1730. 8.)

Siphan [69]), Schulting [70] und Brümmer [71]) gezeigt haben.

Auch fremde Sachen können als ein Commodat gegeben werden, ſo daß der Vertrag unter den Contrahenten gültig iſt, wenn auch beyde Theile darum wiſſen [72]). Paulus ſagt ausdrücklich *L.* 15. *D. Commod.* Commodare poſſumus etiam *alienam rem*, quam poſſidemus: *tametſi ſcientes alienam poſſidemus.* Sogar einem Diebe, der einem Andern die geſtohlne Sache geliehen hat, ſteht die actio commodati zu, und es kann ihm die Zurückgabe aus dem Grunde, weil der Commodant nicht der rechtmäßige Eigenthümer ſey, nicht verweigert werden, wie Marcellus *L.* 16. *D. h. t.* lehrt, wo er ſagt: Ita ut, etſi *fur* vel *praedo* commodaverit, habeat *commodati actionem.* Der Dieb kann zwar freylich aus ſeiner unerlaubten Handlung keine Klage erlangen [73]). Allein er klagt auch hier nicht als Dieb, ſondern als Commodant. Man unterſcheide alſo die Handlung des Diebſtahls von dem Commodat. Letzteres iſt erlaubt, und giebt auch dem Diebe eine Klage, mit welcher er um ſo mehr auf Reſtitution der Sache dringen kann, weil er dem Eigenthümer dafür haf-

69) Lecturae Altorphin. ad L. 9. L. 27. et 32. D. de donationib.

70) Theſ. controverſ. Decad. XLVIII. Th. 2.

71) Commentar. ad Legem Cinciam Cap. XII. in *Opuſcul.* a Ge. BEYERO edit. *Lipſiae 1716.* 8. pag. 188.

72) Quia ex contractu perſona obligatur, non res; ſagt *de* COCCEJI iur. civ. controv. h. t. Qu. 1. Man ſehe auch LAUTERBACH in Coll. th. pr. Pand. h. t. §. 7. und VOET in Comm. h. t. §. 1.

73) *L.* 12. *§.* 1. *D. de furtis.*

tet [74]). Sollten ſich jedoch der Eigenthümer und Dieb zugleich melden, ſo kommt es darauf an, ob das Eigenthumsrecht des erſtern, und der Dolus des letztern ſogleich klar iſt, oder noch auf einer weitern Erörterung beruhet. In jenem Falle geht nach der Billigkeit des Civilrechts der Eigenthümer dem Verleiher vor [75]). In dieſem Falle hingegen muß die Sache dem Commodanten reſtituirt werden, und dem angeblichen Eigenthümer bleibt vorbehalten, ſeine Anſprüche gegen jenen auszuführen [76]). Denn eine liquide Forderung darf durch eine illiquide Intervention eines Dritten nicht aufgehalten werden, wofern nur dieſem kein unerſetzlicher Schade aus der Execution entſteht [77]).

Daß auch fungible Sachen verliehen werden können, inſofern es möglich iſt, ſolche ohne Verzehrung oder Veräuſſerung zu dem verabredeten Gebrauche zu benutzen, z. B. Geld bloß zur Eitelkeit und Prahlerey, iſt ſchon oben bemerkt worden. Auſſer dieſem Falle findet freylich bey fungiblen Sachen, als ſolchen, die durch den Gebrauch, wozu ſie vernünftiger Weiſe beſtimmt ſind, aufgezehrt werden, oder von denen ein Gebrauch ohne Veräuſſerung nicht möglich iſt, kein Commodat Statt [78]). Hierher ſind aber keines-

weges

74) CUJACIUS ad *Pauli* lib. XXIX. ad Edictum ad L. 15. D. h. t. und *Ant.* SCHULTING Theſ. controverſar. Dec. XLVIII. Th. 4.

75) *Arg. L. 31. §. 1. D. Depoſiti.* VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 2. *de* COCCEJI iur. civ. controv. h. t. Qu. 2.

76) *Sam.* STRYK Uſ. mod. Pand. h. t. §. 11. und *Mich. God.* WERNHER lectiſſ. Commentation. in Pand. h. t. §. 9.

77) S. *Io. Ern. Bernh.* EMMINGHAUS ad COCCEJI ius civ. controv. Tom. II. h. t. Qu. 2. not. x. pag. 236. und dieſes Commentars 6. Th. §. 531. S. 479.

78) *L. 3. §. 6. D. h. t.*

weges Kleider zu rechnen, denn daß dieſelben ein Gegenſtand dieſes Contracts ſeyn können, leidet keinen Zweifel [79]). Endlich iſt noch zu bemerken, daß auch kirchliche Sachen verlehnt werden können. Sind ſie jedoch zum gottesdienſtlichen Gebrauche beſtimmt, ſo können ſie nicht anders, als zu gleichem Gebrauche, einer andern Kirche verliehen werden [80]).

Die Verbindlichkeiten des Commodatars beſtehen darin.

1) Er iſt verpflichtet, nach geendigtem Gebrauche, die entlehnte Sache redlicher Weiſe zu reſtituiren, und darf ſich der Rückgabe derſelben unter keinem Vorwande weigern. Die Reſtitution muß aber

a) in Natur geſchehen [81]), wenn gleich die Sache geſchätzt worden iſt, wofern nicht etwa eine Schätzung des Verkaufs wegen geſchehen wäre [82]). Hier kann und muß der Werth der Sache erſetzt werden [83]). Jedoch wird eine ſolche Schätzung bey Contracten, wodurch das Eigenthum nicht übertragen wird, im Zweifel nicht vermuthet [84]).

b) Die

79) *L. 5. §. 8. D. h. t.* ZIEGLER Diſſ. de commodato. Th. 66. et 67.

80) *Paul. Ioſ. a* RIEGGER Inſtitut. iurisprud. eccleſ. P. III. §. 332. *Maur.* SCHENKL Inſtitut. iur. eccleſ. P. II. §. 724. *Ant.* SCHMIDT Inſtitut. iuris eccleſ. Tom. II. §. 144. und *Phil.* HEDDERICH Elem. iuris canon. P. III. §. 79.

81) *L. 2. pr. D. de reb. credit.*

82) ZIEGLER cit. Diſſ. Th. 81—85.

83) *Ant.* FABRI Rational. in Pand. ad L. 5. §. 3. D. h. t.

84) REINHARD Comm. de commodato §. 17. und STRYK Uſ. mod. Pand. h. t. §. 4.

b) Die Sache muß **unverdorben** wieder zurückgegeben werden. Ulpian ſagt *L.* 3. §. 1. *D. h. t.* Si reddita quidem ſit res commodata, ſed deterior reddita, *non videbitur reddita, niſi, quod intereſt, praeſtetur.* Proprie enim dicitur *res non reddita*, quae deterior redditur. Iſt die Sache durch die Schuld des Commodatars beſchädiget worden, ſo iſt er dafür verantwortlich [85]); und zwar kommt es darauf an, ob die Sache ſo verdorben iſt, daß ſie nun für den Commodanten keinen Werth mehr hat, oder ob ſie doch noch von ihm gebraucht werden kann. Im erſten Falle muß der Commodatar den Werth der ganzen Sache erſetzen, und der Commodant braucht es ſich nicht gefallen zu laſſen, wenn ihm der Commodatar die verdorbene Sache, oder auch eine andere Sache von gleicher Art dafür geben wollte [86]). In dem letzteren Falle hingegen handelt der Commodatar ſeiner Pflicht nicht zuwider, wenn er die Sache in Natur zurückgiebt, und überdem den daran zugefügten Schaden in Gelde erſetzt [87]). Auf keinen Fall kann jedoch aus der Zurücknahme der beſchädigten Sache, wenn auch gleich der Commodant wußte, daß ſie deteriorirt ſey, vermuthet oder gefolgert werden, daß der Commodant auf die Schadloshaltung habe Verzicht leiſten wollen [88]).

c) Die

85) *L.* 10. *pr. L. ult. D. h. t.*

86) *de* COCCEJI iur. civ. controv. h. t. Qu. 7.

87) BACHOV ad *Treutlerum* Vol. I. Diſput. XXIV. Th. 2. Lit. F. BOECKELMANN Comm. in Dig. h. t. §. 6. SCHULTING Theſ. controv. Decad. XLVIII. Th. 9. STRUV Synt. iur. civ. Exercit. XIX. Th. 8. LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 17. und ZIEGLER Diſſ. de commodato Th. 129—131.

88) Anderer Meinung iſt zwar VOET in Comm. h. t. §. 7. Allein man ſehe *de* COCCEJI iur. civ. controv. h. t. Qu. 6.

c) Die Sache muß mit allen, dem Commodatar nicht gebührenden Acceſſionen und Früchten reſtituirt werden; z. B. das Mutterpferd mit dem Füllen, es ſey entweder ſchon vor dem Commodat, oder erſt während demſelben geboren worden [89]). In Anſehung der Früchte kommt es darauf an, ob ſich nach der Intention der Contrahenten ohne den Fruchtgenuß ſonſt kein Gebrauch von der geliehenen Sache machen ließ, oder der verſtattete Gebrauch ohne jenen möglich, und von demſelben ganz abgeſondert war. In jenem Falle genießt der Commodatar während des Contracts die Früchte, jedoch muß er die Sache in dem ſtatu fructifero zurückgeben, in welchem er ſie empfieng [90]). Im letztern Falle hingegen muß der Commodatar die Früchte dem Commodanten reſtituiren [91]). Hieraus läßt ſich nun erklären, wenn Paulus *L.* 38. §. 10. *D. de Uſuris* ſagt: Si poſſeſſionem naturalem revocem, proprietas mea manet: videamus *de fructibus.* Et quidem in depoſito et *commodato fructus quoque praeſtandi ſunt.* Auch der Gewinn, den der Commodatar aus der Sache gezogen hat, ohne daß ihm die Sache zu dem Zweck war geliehen worden, muß dem Commodanten herausgegeben werden. Z. B. der Miethzins, wenn etwa der Commodatar die Sache vermiethet

89 *L.* 5. §. 9. *D. h. t.* *L.* 14. §. 15. *D. de furtis.* *Hugo* DONELLUS in Comm. ad Tit. Cod. de Commodato nr. 19.

90) S. *Io.* IENSII Stricturas ad Romani iuris Pandectas et Codicem ad L. 38. §. 10. D. de Uſur. pag. 165. ſq. ( *Lugd. Batav.* 1764.) und Höpfner im Commentar über die Heineccischen Inſtitutionen §. 777. Not. 1.

91) DONELLUS c. l. nr. 19. pag. 128. MÜLLER ad *Struvium* Exercit. XIX. Th. 7. not. γ. FRANTZKIUS Commentar. ad Pand. h. t. nr. 32.

thet hätte. **Pomponius** beſtätigt dieſes *L.* 13. §. 1. *h.t.* durch folgendes Beyſpiel: Si quem quaeſtum fecit is, qui experiendum quid accepit, veluti ſi iumenta fuerint, eaque locata ſint, id ipſum praeſtabit *ei*, qui experiundum dedit, neque enim ante eam rem quaeſtui *cuiquam* eſſe oportet, priusquam periculo eius ſit[92]). Der Fall, den hier **Pomponius** entſcheidet, iſt, wie Gerhard Noodt[93]) ihn darſtellt, folgender. Der Verkäufer leihet demjenigen, welcher ihm Zugvieh abkaufen wollte, daſſelbe noch vor abgeſchloſſenem Kaufe zur reiflichern Ueberlegung auf die Probe. Dieſer vermiethet aber das Vieh an Andere. Es fragt ſich alſo, wem der Miethzinß gebühre? **Pomponius** entſcheidet ganz richtig für denjenigen, der das Vieh auf die Probe gegeben hatte. Der Empfänger kann darauf keinen Anſpruch machen, weil der Kauf noch nicht abgeſchloſſen war. Denn es kann eher von keinem Gewinn des Käufers die Rede seyn, als bis auch die Gefahr der Sache auf ihn übergegangen iſt. An ſich iſt dieß zwar außer Zweifel. Nur wegen der anzuſtellenden Klage meinte Labeo[94]) in einem ähnlichen Falle, daß auch die *actio praeſcriptis verbis* Statt finde, obwohl nach der Beſchaffenheit des Titels, in welchem das Fragment des **Pomponius** erſcheint, nicht zu bezweifeln iſt, daß die *actio commodati* zuſtändig ſey. Streitiger hingegen war die Frage, wenn dem Commodatar die geliehene Sache war geſtohlen wor-

92) Ich bin hier der richtigeren Leſeart des Baudoza und Haloanders gefolgt, welche auch *Io.* IENSIUS in Strictur. ad iuris Rom. Pand. et Cod. ad h. L. pag. 106. ſq. der florentiniſchen vorzieht, in welcher nach praeſtabit das Wort *ei* fehlt, und nach quaeſtui ſtatt cuiquam *cuique* geleſen wird.

93) De foenore et uſuris Lib. I. cap. 8. *Operum* Tom. I. p. 191.

94) *L.* 20. *D. de praeſcript. verbis.*

worden, und dieſer mittelſt der actio furti, mit welcher er dem Eigenthümer zuvorgekommen war, die Geldſtrafe von dem Diebe erhalten hatte, ob er auch dieſe dem Commodanten herauszugeben ſchuldig ſey? Die alten röm. Rechtsgelehrten waren hierüber verſchiedener Meinung, und ſelbſt **Papinian** war hierin mit ſich ſelbſt nicht einig. Erſt **Juſtinian** entſchied dieſe Streitfrage dahin, daß im bemerkten Falle der Gewinn der Strafe nicht dem Eigenthümer gebühre, ſondern dem Commodatar, weil er für die Gefahr der Sache ſtehen mußte, und ſolche dem Eigenthümer hätte erſetzen müſſen, wenn auch der Dieb nicht wäre entdeckt worden. Es heißt nämlich in der *L. ult.* § 3. *Cod. de furtis.* Sed cum in ſecundam dubitationem incidebant, quid ſtatuendum ſit, ſi quis rem commodatam habuerit, quam aliquis furto ſubtraxerit, et lite pulſatus condemnationem paſſus fuerit, non tantum in rem furtivam, ſed etiam in poenam furti: et poſtea dominus rei venerit, omnem condemnationem accipere deſiderans, utpote ex ſuae rei occaſione orta: alia dubitatio incidit Veteribus, utrumne rem tantum ſuam, vel eius aeſtimationem conſequatur, an etiam ſummam poenalem? Et licet ab antiquis variatum eſt, et ab ipſo *Papiniano* in contrarias declinante ſententias: tamen nobis hoc decidentibus, *Papinianus*, licet variaverit [95]), eligendus eſt, non in prima, ſed in ſecun-



95) In den Pandecten findet man über dieſe verſchiedenen Meinungen des Papinians keine deutlichen Stellen. *Em.* MERILLIUS in Expoſitionib. in L. Deciſion. Iuſtin. Nr. XIII. ad §. 3. L. ult. C. de furt. *Oper.* P. II. pag. 36. glaubt indeſſen in den Pandecten Spuren dieſer Papinianiſchen Variation hin und wieder entdeckt zu haben. Man ſehe auch *Fr.* BALDUINI Iuſtinianus Lib. II. pag. 141. ſqq. (edit. 1596. 8.)

da eius definitione, in qua lucrum ſtatuit minime ad dominum rei pervenire: ubi enim periculum, ibi et lucrum collocetur: ne ſit damno tantum deditus, qui rem commodatam accepit, ſed liceat ei etiam lucrum ſperare.

d) Die Zurückgabe darf auch unter keinerley Vorwand aufgehalten werden. Z. B. nicht unter dem Vorwand einer Schuld, welche mit dem Commodat in keiner Verbindung ſteht. *L. ult. C. h. t.* ſagt: Praetextu debiti reſtitutio commodati [96]) non probabiliter recuſatur. Wegen connexer Forderungen hingegen kann der Commodatar die Sache allerdings retiniren; z. B. der Commodatar hat Koſten auf die entlehnte Sache verwendet, welche ihm vergütet werden müſſen. Daher ſagt **Paulus** *L.* 15. §. 2. *D. de furt.* Si ob aliquas impenſas, quas in rem commodatam feciſti, *retentionem eius habueris:* etiam cum ipſo domino, ſi eam ſubripiat, habebis furti actionem: *quia eo caſu quaſi pignoris loco ea res fuit.* Eben dieſes beſtärkt auch **Julian** *L.* 59. *D. eodem.* Dieſe Verordnungen ſind nicht durch jene *L. ult. C. h. t.* aufgehoben worden. Denn dieſes Geſetz iſt blos ein Reſcript der Kaiſer **Diocletian** und **Maximian**. In ſolchen Reſcripten pflegten aber die römiſchen Kaiſer kein älteres Recht abzuändern, ſondern nach dem gemeinen Recht zu ſprechen und zu entſcheiden. Die *L. ult. C. h. t.* kann daher nur von einem debito non connexo verſtanden werden, weil es ein bekannter Grundſatz

96) Die Critik des Cujaz, welcher Lib. IX. Obſervat. cap. 37. ſtatt commodati vielmehr *commendati* leſen, und das Geſetz blos vom depoſito erklären will, hat ſchon längſt *Guil.* FORNERIUS Selection. Lib. II. cap. 4. in *Theſ. iur. Rom. Ottoniano* Tom. II. pag. 62. widerlegt.

ſatz iſt, daß wegen connexer Forderungen das Retentionsrecht ausgeübt werden kann [97]. Der Commodatar kann auch dem Verleiher in der Regel die Einrede der Compenſation nicht entgegenſetzen [98]. Es tritt hier der Grund ein, daß eine Species mit einem Genus nicht compenſirt werden kann. Eine Ausnahme findet jedoch in dem Falle Statt, wenn der Verleiher mit der actio commodati directa nicht die Sache ſelbſt, ſondern ihren Werth verfolgt. Dies geſchieht z. B. wenn die Sache durch die Schuld des Commodatars zu Grunde gegangen iſt, oder wenn ſie venditionis cauſa war geſchätzt worden. Denn da hier der Commodatar nicht eine individuelle Sache, ſondern eine Quantität ſchuldig iſt, ſo ſteht der Compenſation nichts im Wege, wenn der Commodant ſeiner Seits auch eine Quantität ſchuldig iſt [99]. Endlich kann ſich auch der Commodatar



97) Anderer Meinung ſind zwar *Io.* VOET in Comm. ad Pand. h. t. §. 10. und HOFACKER Princip. iur. civ. Rom. Germ. Tom. III. §. 1877. Allein man ſehe *Arn.* VINNII Select. iur. Quaeſt. Lib. I. cap. 51. *Ant.* SCHULTING Theſ. controv. Decad. XLVIII. Th. 10. *Hug.* DONELLI Comment. ad L. ult. Cod. h. t. nr. 6. *Ev.* OTTONIS Comm. ad §. 30. I. de action. nr. 5. *Ge. Lud.* BOEHMERI Diſſ. de iure retentionis eiusque effectu. §. 13. (in EIUS *Elect. iur. civ.* Tom. II. Exerc. XIII. pag. 636.) THIBAUT Theorie der logiſchen Auslegung des röm. Rechts. §. 38. S. 162. der 2. Aufl. und *Chriſt. Aug.* GÜNTHER Princip. iuris Rom. priv. noviſſ. Tom. II. §. 1020.

98) *Car. Frid.* WALCHII Introd. in controv. iur. civ. Sect. III. Cap. IV. Membr. II. Subſect. III. §. 6. *Frid. Wilh.* TRENDELENBURG Commentat. de compenſatione commodati. *Goettingae 1850.* und IESTER Diſſ. de compenſatione circa rem commodatam inſtituenda. *Regiom. 1752.*

99) *L. 18. §. ult. D. h. t.* Quod autem contrario iudicio conſequi quisque poteſt, id etiam recto iudicio, quo cum eo agitur.

datar der Einrede des Eigenthums, daß ihm nämlich die Sache, welche der Verleiher vermöge des Contracts zurückfordert, eigen gehöre, nicht mit dem Erfolge bedienen, daß dieſe Einrede erſt völlig ausgemacht, und bis dahin die Zurückgabe der Sache verſchoben werde [100]). Denn iſt der Contract an ſich erwieſen, oder von dem Commodatar zugeſtanden, ſo beſitzt derſelbe die Sache vermöge des Contracts unſtreitig auf fremden Namen, und muß alſo auch die Folgen dieſes Beſitzes nach dem Contract gegen ſich gelten laſſen. Wollte man das Gegentheil behaupten, ſo könnte der Contract leicht zur Begünſtigung unlauterer Abſichten gemißbraucht werden. Derjenige, welcher eine Sache in Anſpruch zu nehmen willens iſt, dürfte ſie nur von dem bisherigen Inhaber derſelben leihen, und ſich dann, wenn ſie zurückgefordert wird, für den Eigenthümer ausgeben. Könn-

tur, poteſt ſalvum habere iure penſationis. In Beziehung auf dieſes Geſetz behaupten zwar mehrere Rechtsgelehrten, daß die Compenſation nur wegen der Unkoſten, die der Commodatar hatte, Statt finde, als *Guil* FORNERIUS Select. Lib. II. cap. 14. *Iul.* PACIUS Εναντιοφαν. Cent. IV. Qu. 44. WESTENBERG Princip. iur. ſec. ord. Pand. h. t. §. 30. Allein nach *§. 30. I. de act.* und *L. fin. pr. et §. 1. Cod. de compenſat.* iſt vielmehr anzunehmen, daß es gleichviel ſey, ob die Quantität, welche der Verleiher dem Commodatar ſchuldig iſt, aus dem Commodat herrühre, oder ob ſie ein anderes Fundament habe. S. DONELLI Comm. ad §. 30. I. de action. n. 10. VINNIUS in Comm. ad eund. §. I. nr. 3. ZOESII Commentar. ad Pand. h. t. nr. 22. et 23. HUNNIUS Variar. Reſolution. iuris civ. Lib. III. Tract III. P. III. Qu. 4. LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 26. BOECKELMANN Comm. in Dig. h. t. §. 18. STRUV Synt. iur. civ. Exerc. XIX. Th. 12.

100) S. Webers Beyträge zur Lehre von gerichtlichen Klagen und Einreden. 2. u. 3. Stück. Nr. 14. S. 85. ff.

Könnte ſich nun der Beklagte mit der Einrede des Eigenthums zu dem Zweck ſchützen, daß bis nach geſchehener Erörterung derſelben die Zurückgabe der Sache ausgeſetzt bleibe, ſo würde derſelbe nach Gefallen den bisherigen Inhaber um die Vortheile des Beſitzes im Laufe des Proceſſes zu bringen wiſſen. Ein Anders wäre freylich, wenn die vorgeſchützte Einrede des Eigenthums von dem Commodatar ſogleich klar erwieſen werden könnte. Hier kann der Beklagte die Zurückgabe der Sache mittelſt dieſer Einrede mit Recht verweigern. Leyſer [1]) iſt zwar anderer Meinung. Er glaubt nämlich, daß der Commodatar mit der Einrede des ihm zuſtehenden Eigenthums nicht zu hören ſey, wenn er auch ſein Recht in continenti zu beweiſen bereit wäre. Sein Grund iſt, weil ſich der Commodatar durch Verweigerung der Zurückgabe eines Spoliums ſchuldig mache [2]). Es trete alſo hier die bekannte Rechtsregel ein, ſpoliatus ante omnia eſt reſtituendus. Allein dieſer Meinung ſtehen folgende Gründe entgegen. Iſt die Einrede des Eigenthums auf der Stelle klar, ſo war nach *L. 45. D. de div. reg. iuris* das Commodatum ungültig. Es würde alſo eine offenbare Chikane ſeyn, welche die Geſetze dem Dolus gleichachten, wenn der Commodant, des Gegenſeits klar erwieſenen Eigenthums ungeachtet, dennoch auf die Herausgabe der Sache beſtehen wollte, die er doch



1) Meditat. ad Pand. Vol III. Specim. CLIII. medit. 2.

2) *L. 20. D. de acquir. vel amitt. poſſ.* Allein in dieſem Geſetz iſt davon die Rede, ob der Commodant dadurch, daß ſich der Commodatar die Sache anmaßt, den Beſitz verliere? Ein ſolcher Verluſt kann auch durch unrechtmäßige Handlungen Anderer, beſonders auch der natürlichen Inhaber der Sache, bewirkt werden. Daraus folgt aber noch nicht, daß der Commodatar als Civilbeſitzer auftreten, und ſeine eigenmächtige Anmaßung als rechtlichen Erwerb des Beſitzes geltend machen könne.

doch ſofort dem Commodatar wieder reſtituiren müßte. Dolo facit, qui petit, quod redditurus eſt, ſagt Paulus *L. 8. pr. D. de doli mali et metus except.* womit auch Pabſt Bonifacius *VIII. cap. 59. de reg. iur. in 6to.* übereinſtimmt. Wie kann ſich alſo hier der Commodatar eines Spoliums ſchuldig machen, wenn er die Zurückgabe der Sache verweigert, wovon ihn die Geſetze ſelbſt freyſprechen?

2) Der Commodatar iſt verpflichtet, nicht nur beym Gebrauche der geliehenen Sache, in Anſehung ſeiner dabey vorzunehmenden Handlungen, alle Verſchuldungen möglichſt zu vermeiden, ſondern auch auf die Erhaltung der Sache ſelbſt ſowohl, die den Gegenſtand des Contracts ausmacht, als auch desjenigen, was zu dieſer Sache gehört, die größte Sorgfalt anzuwenden, ſo daß er auch beym Retten, im Fall einer vorhandenen Gefahr, ſeine eigenen Sachen nicht vorziehen darf. Er haftet daher nicht nur für dolus und culpa, ſondern auch für diligentia und cuſtodia, d. i. für jedes, auch das geringſte Verſehen, wodurch die Sache beſchädiget, oder verlohren, oder zu Grunde gegangen iſt; nur nicht für den Schaden darf er ſtehen, der durch einen bloßen Zufall verurſacht worden iſt, ſonſt aber auch für jedes furtum [3]). *§. 2. I. Quib. mod. re contr. oblig.* At is, qui utendum accepit, ſane quidem *exactam diligentiam cuſtodiendae rei praeſtare iubetur*: nec ſufficit ei tantam diligentiam adhibuiſſe, quantam ſuis rebus adhibere ſolitus eſt, ſi modo alius diligentior po-

3) de COCCEJI iur. civ. controv. h. t. Qu. 8. von Löhr Beyträge zu der Theorie der Culpa. Abſchn. 3. und 4. SCHOEMANS Lehre vom Schadenserſatze. 1. Th. S. 191. ſq. und HUFELANDS Lehrbuch des Civilrechts 1. B. §. 555.

poterat eam rem cuſtodire. Sed propter maiorem vim maioreſue caſus non tenetur, ſi modo non ipſius culpa is caſus intervenit. *L.* 5. §. 2. *D. h. t.* Commodatum autem plerumque ſolam utilitatem continet eius, cui commodatur: et ideo verior eſt *Q. Mutii* ſententia, exiſtimantis, et *culpam* praeſtandam et *diligentiam.* §. 4. *eiusd. L.* (S. oben S. 438. ff.) §. 5. *eiusd. L. Cuſtodiam plane commodatae rei etiam diligentem* debet praeſtare. §. 9. *h. L.* Usque adeo autem diligentia in re commodata praeſtanda eſt, *ut etiam in ea, quae ſequitur rem commodatam, praeſtari debeat:* utputa, equam tibi commodavi, quam pullus comitabatur, etiam pulli te cuſtodiam praeſtare debere, Veteres reſponderunt. §. 15. *d. L.* Si duobus vehiculum commodatum ſit — pro parte quidem effectu me uſum habere, — ſed eſſe verius, et *dolum* et *culpam* et *diligentiam* et *cuſtodiam* in totum me praeſtare debere. *L.* 18. *pr. D. h. t.* (oben S. 44..) *L.* 1. §. 4 *D. de obligat. et action.* Is vero, qui utendum accepit, ſi maiore caſu, cui humana infirmitas reſiſtere non poteſt, (veluti incendio, ruina, naufragio) rem, quam accepit, amiſerit, ſecurus eſt; alias tamen *exactiſſimam diligentiam cuſtodiendae rei praeſtare compellitur*: nec ſufficit ei, eandem diligentiam adhibere, quam ſuis rebus adhibet, ſi alius diligentior cuſtodire poterit. *L.* 14. §. 15. *D. de furt.* Non ſolum autem in re commodata competit ei, cui commodata eſt, furti actio: ſed etiam in ea, quae ex ea adgnata eſt: quia et huius cuſtodia ad eum pertinet. Nam et ſi ſervum tibi commodavero, et veſtis eius nomine furti ages: quamvis veſtem, qua veſtitus eſt, tibi non commodaverim Item ſi jumenta tibi commodavero, quorum ſequela erat eculeus, puto competere furti actionem etiam eius nomine, quamvis ipſe non ſit commodatus. *L.* 14. §. 10. *D. eodem.* An pater, cuius filio commodata res eſt, *furti actionem* habeat, quaeritur? Et IULIANUS ait, patrem hoc nomine agere non poſſe, *quia cuſtodiam praeſtare non debeat.* Sicut (in-

(inquit) is, qui pro eo, cui commodata res eſt, fideiuſſit, non habet furti actionem. *Neque enim, inquit, is, cuiuscunque intererit, rem non perire, habet furti actionem: ſed qui ob eam rem tenetur, quod ea res culpa eius perierit.* §. 16. *eiusd. L.* Et puto omnibus, *quorum periculo res alienae ſunt*, veluti *commodatae*, — ſi hae ſubreptae ſunt, *furti actionem* competere. Es wird jedoch hier überall der Fall vorausgeſetzt, daß der Commodatar allen Vortheil allein zieht. Aendert ſich dieſes Verhältniß, ſo treten Ausnahmen ein. Der Commodatar iſt daher a) nur wegen der culpa lata verantwortlich, wenn der Contract blos den Vortheil des Leihers bezweckt. *L.* 5. §. 10. *D. h. t.* Interdum plane *dolum ſolum* in re commodata, qui rogavit, praeſtabit: utputa ſi quis ita convenit; vel *ſi ſua duntaxat cauſa commodavit*, ſponſae forte ſuae, vel uxori, quo honeſtius culta ad ſe deduceretur. Hingegen präſtirt er b) culpam levem, aber doch auch cuſtodiam, wie im Pfandcontract, wenn das Commodat zum Vortheil beyder Contrahenten gereicht. *L.* 18. *pr. D. h. t.* In rebus commodatis talis diligentia praeſtanda eſt, qualem quisque diligentiſſimus paterfamilias ſuis rebus adhibet. — Haec ita, ſi dumtaxat *accipientis gratia* commodata ſit res. At ſi *utriusque* veluti ſi communem amicum ad coenam invitaverimus, tuque eius rei curam ſuscepiſſes, et ego tibi argentum commodaverim, ſcriptum quidem apud quosdam invenio, quaſi dolum tantum praeſtare debeas. Sed videndum eſt, ne et culpa praeſtanda ſit: *ut ita culpae fiat aeſtimatio, ſicut in rebus pignori datis* [4]).

3) Auch muß der Commodatar die Koſten tragen, ohne welche die Sache nicht gebraucht werden kann, z. B. die Koſten, welche die Unterhaltung der Sache nothwendig erforderte, als Fütterungskoſten für das geliehene Pferd, ohne Rückſicht, ſie ſeyen groß oder klein. Außerordentliche Koſten hingegen, wel-

4) Man vergleiche hiermit *L.* 13. §. 1. *et L.* 14. *D. de pignerat. act. L.* 19. *Cod. de pignor. L.* 10. §. 1. *D. h. t. Ger.* NOODT Comm. ad Dig. h. t. T. II. pag. 320. und GONZALEZ TELLEZ Commentar. in Decretales Tom. III. ad cap. un. X. de commodato nr. 9. pag. 244.

welche die Erhaltung oder Wiederherſtellung der Sache erforderte, z. B. Kurkoſten, trägt der Commodatar, ſofern ihm keine Schuld dabey zur Laſt fällt, nur inſoweit, als ſie mäßig ſind, d. i. wenn dieſer Aufwand den gehabten Nutzen nicht überſteigt. Cajus ſagt *L. 18. §. 2. D. h. t. Cibariorum impenſae, naturali ſcilicet ratione, ad eum pertinent, qui utendum accepiſſet.* Sed et id, quod de impenſis valetudinis aut fugae diximus, ad maiores impenſas pertinere debet: *modica enim impendia verius eſt, ut, ſicuti cibariorum, ad eundem pertineant.*

§. 858.

In wiefern ſteht der Commodatar auch für diejenigen, durch welche er die Sache an den Verleiher zurückſchickt? Wie haften mehrere Commodatare? wie mehrere Erben?

Es kommen hier noch folgende Fragen zu erörtern vor.

I. Wenn die geliehene Sache durch die Schuld eines Dritten verlohren gegangen iſt, durch welchen ſie der Commodatar an den Verleiher zurückſchickte, in wiefern haftet hier der Commodatar für den Schaden? Man hat bey dieſer Frage folgende Fälle zu unterſcheiden. 1) Der Verleiher hatte ſelbſt dem Commodatar die Perſon angewieſen, durch welche ihm die Sache zurückgeſchickt werden ſollte. Z. B. Er ſchickte ihm in der Abſicht ſeinen Bedienten zu. Hier ſtehet der Commodatar für nichts [5]); es wäre denn, daß ihm ſelbſt eine Unvorſichtigkeit dabey zur Laſt gelegt werden könnte, die ihm verantwortlich machte; z. B. wenn er gewußt hätte, daß dieſer Bediente ein untreuer Menſch ſey, dieſes aber, dem Verleiher, ſeinem Herrn, unbekannt geweſen wäre [6]). 2) Der Commodatar hatte ohne Auftrag des Verleihers die Perſon gewählt, durch die er die Sache an den Commodatar zurückſchickte. Hier geſchieht die Reſtitution auf des Commodatars Gefahr, er habe nun entweder ſeinen eigenen Bedienten dazu gebraucht, oder den Bedienten des Commodanten, welcher vom letztern bloß war geſchickt worden, um den Commodatar an die

Zu-

5) *L. 12. §. 1. D. h. t.*

6) S. Grieſingers Commentar über das Wirtemberg. Landrecht. 1. Band §. 39. S. 67. f.

Zurückgabe zu erinnern, oder er habe ſonſt Jemanden dazu auserſehen [7]); es wäre denn, daß das ganze Geſchäft allein den Nutzen des Verleihers bezweckt hätte. Denn hier iſt der Commodatar nur inſofern verantwortlich, als ihm bey der Wahl des Ueberbringers ein Dolus oder culpa lata zur Laſt fällt [8]). Hätte jedoch der Commodatar die Sache einer ſolchen Perſon anvertraut, die als ein ſehr ehrlicher Menſch bekannt war, daß man gar nicht hätte erwarten können, ſie werde einer ſolchen Untreue oder Unvorſichtigkeit fähig ſeyn, als dennoch der nachherige Erfolg ergeben hat, ſo iſt der Commodatar zu entſchuldigen, und der Commodant leidet allein den Schaden [9]).

II. Haben mehrere eine Sache gemeinſchaftlich geliehen, wie haften ſie? 1) Wegen der Sache ſelbſt natürlich in ſolidum. Wenn aber 2) der Werth derſelben gefordert wird, ſo iſt es ſtreitig. Nach einigen [10]) ſollen die mehreren Commodatare nur pro rata haften. Dieſe Meinung gilt auch in der Praxis [11]). Allein nach der richtigern Theorie anderer [12]) ſind ſie, jedoch unter Vorbehalt der

7) *L. 10. §. 1. L. 11. L. 12. §. 1. D. h. t.* VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 6. und *Wolf. Ad.* LAUTERBACH Diſſ. de nuncio. *Tübingae 1660.* §. 55.

8) *L. 11. et L. 12. pr. D. h. t.* Grieſinger a. a. O. §. 38. S. 66. und HUFELAND Lehrbuch des Civilrechts. 1. B. §. 556. Not. 1. S. 227.

9) *L. 20. D. h. t.* WERNHER Select. Obſervat. forens. Tom. I. P. IV. Obſ. 214. nr. 16. SCHULTING Theſ. controv. Decad. XLVIII. Th. 8.

10) HUBER Praelect. ad Pand. h. t. §. 2. ZIEGLER Diſſ. de commodato. Th. 145. de COCCEJI iur. civ. controv. h. t. Qu. 5. WERNHER Lectiſſ. Commentat. in Pand. h. t. §. 11. Dabelow Handbuch des röm. deutſch. Privatrechts. 2. Th. 2. Abth. §. 1216. WALCH Controv. iur. pag. 535. und HUFELAND im angef. Lehrbuche. §. 555. Not. 4.

11) SCHILTER Prax. iur. Rom. Ex. XXV. §. 25. et 26. BERGER Oecon. iuris Lib. III. Tit. 2. Th. 7. Not. 1.

12) *Franc.* DUARENUS Comm. ad h. Tit. cap. 8. circ. fin. *Operum* pag. 957. ſq. *Iac.* CUJACIUS Obſervat. Lib. XXVI. cap. 26. *Io.* VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 3. *Ant.* SCHULTING Theſ.

der Einrede der Theilung [13]), auch wegen des Werths in ſolidum verbindlich, wofern nicht etwa die Sache den mehreren ausdrücklich auf gemeinſchaftliche Gefahr geliehen worden iſt [14]). Dann kann jeder blos pro rata auf Erſtattung des Werths in Anſpruch genommen werden [15]).

III. Wie haften mehrere Erben eines Commodatars? 1) Iſt die Sache noch in Natur vorhanden, ſo kann derjenige Miterbe, welcher die Sache hat, in ſolidum belangt werden [16]). 2) Hat keiner die Sache, es iſt aber einer der Miterben allein ohne Schuld der übrigen Urſache des Unterganges, ſo haftet auch dieſer allein [17]). 3) Iſt weder das Erſte noch das Andere der Fall, ſo haften die mehreren Erben eines Commodatars für den Werth der Sache nur nach der Proportion ihres Erbtheils [18]).

## §. 859.
### Verpflichtungen des Commodanten.

Die zufälligen Verbindlichkeiten des Verleihers gehen 1) auf Erſatz des Schadens, welcher dem Commodatar aus einer mit dem Bewußtſeyn ihrer Unbrauchbarkeit oder Schädlichkeit überlieferten Sache [19]), oder durch unzeitige Zurückforderung derſelben entſtanden iſt [20]). 2) Auf Erſtattung aller auf die Erhaltung der Sache verwendeten auſſerordentlichen unmäßigen Koſten, oder auch anderer Verwendungen, zu denen der Commodant einwilligte [21]), oder

Theſ. controv. Dec. XLVIII. Th. 7. STRUV Synt. iur. civ. Ex. XIX. Th. 9. EMMINGHAUS ad *Coccejum* l. c. Qu. 5. not. a. HOFACKER Princip. iur. civ. Rom. Germ. Tom. III. §. 1876. THIBAUT ſyſt. des P. R. 2. B. §. 889. u. a.

13) *Nov. XCIX. cap.* 1. *L.* 47. *D. locat.* STRYK Us. mod. Pand. h. t. §. 9.

14) *L.* 5. §. 15. *D. h. t.* *L.* 9. *pr. D. de duobus reis.*

15) *L.* 21. §. 1. *D. h. t.*

16) *L.* 3. §. 3. *D. h. t.*

17) *L.* 17. §. 2. *D. h. t.*

18) *L.* 3. §. 3. *D. eod.*

19) *L.* 18. §. 3. *D. h. t.*

20) *L.* 17. §. 3. *D. eod.* *L.* 22. *D. eod.*

oder wodurch der Commodatar eine von dem Verleiher bereits angefangene Verbeſſerung nur vollendete [22]). 3) Auf Zurückgabe der Sache oder ihres Werthes, wenn nämlich der Commodatar die Sache verlohren, und deren Werth erſetzt hatte, nachher aber der Verleiher die Sache wieder erhält [23]).

## §. 860.

### Klagen aus dem Leihcontract.

Aus dem Leihcontract entſpringen zwey Klagen, 1) die *actio commodati directa*, welche von dem Verleiher gegen den Commodatar auf die Zurückgabe der Sache mit aller Zubehörung, ſo wie auf Erſatz des ihm zur Laſt fallenden Schadens angeſtellet wird. Gegen einen Pupillen, der eine Sache ohne Auctorität ſeines Vormundes geliehen hat, findet, ſofern er dadurch reicher geworden, nur eine actio commodati utilis, außerdem aber die actio ad exhibendum, oder actio legis Aquiliae Statt, wenn er ſich eines Dolus oder einer Culpa dabey ſchuldig gemacht hat [24]). 2) Die *actio commodati contraria*, wodurch der Commodatar gegen den Commodanten ſeine zufällig gegen dieſen entſtandenen Rechtsanſprüche verfolgt. Daß beyde Klagen auch auf die Erben gehen, leidet keinen Zweifel [25]).

21) *L. 18. §. 2. D. h. t. L. 15. §. 2. et L. 59. D. de furtis.*

22) *Hug.* Donellus in Comment. iuris civ. Lib. XIV. cap. 3. §. *De impenſis* etc. pag. 674. und frantzke Comm. h. t. nr. 62.

23) *L. 17. §. 5. D. h. t.* Iſt dem Commodatar daran gelegen, die Sache ſelbſt lieber zu haben, ſo kann er mit der rei vindicatione utili auf Reſtitution derſelben klagen. *L. 5. §. 1. D. h. t. L. 63. D. de rei vind.* Iſt ihm mehr daran gelegen, das Geld, was er für die Sache bezahlt hat, wieder zu haben, ſo klagt er mit der condictione ſine cauſa auf Herausgabe des bezahlten Werths. *L. 2. D. de condict. ſine cauſa.* Iſt es ihm aber gleichviel, ob er die Sache oder ihren Werth erhält, ſo klagt er actione commodati contraria. S. voet in Comm. h. t. §. 8.

24) *L. 1. §. ult. L. 2. et L. 3. pr. D. h. t.*

25) S. Schmidts Lehrbuch von Klagen und Einreden §. 780. ff.

STAATSBIBLIOTHEK BAMBERG

BSB Bayerische StaatsBibliothek
MDZ Münchener DigitalisierungsZentrum Digitale Bibliothek

Glück, Christian Friedrich von, 1755-1831 / Mühlenbruch, Christian Friedrich, 1785-1843 / Fein, Eduard

Ausführliche Erläuterung der Pandecten nach Hellfeld ein Commentar

Bd.: 13,2

Erlangen 1811

Bamberg, Staatsbibliothek -- Coll.leg.o.101(13#2
urn:nbn:de:bvb:12-bsb11439044-3
VD18 10657126-002